Begriff und Bedeutung von Treu und Glauben im § 242 BGB.

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Max Kaufmann,
Referendar in Magdeburg.

ACAD. LUGDBAT BIBL.

Magdeburg
Walther Deneke
1912.

Referent: Professor Dr. Matthiaß.

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0064

Literaturverzeichnis.

von Blume, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen in Jherings Jahrbüchern, Band 50 Seite 1.

Böckel, Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten, im Archiv f. civil. Praxis, Band 96, S. 376

Boyens, Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts, Leipzig 1904.

Bülow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten, Nürnberg und Leipzig 1910.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Jena 1910.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig, Bd. I 1900, Bd. II 1902.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 3. Aufl. Jena, 1911.

— Laienverstand und Rechtsprechung. Jena, 1898.

— Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, Berlin, 1909.

— Die Willenserklärung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ihre Auffindung und Auslegung, in Seufferts Bl. f. Rechtsanw. 1907, S. 317.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I 2. Aufl. Halle a. S. 1902.
„ II 1. 4. Aufl. „ „ „ 1909.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Mannheim und Leipzig, 1910.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs Berlin, 3. u. 4. Aufl. 1898, 9. Aufl. 1903.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl. Berlin, 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. u. 5. Aufl. Marburg, Bd. I 1909, Bd. II 1910.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl. München 1906.

Fürstenberg, Der Grundsatz von Treu und Glauben in den §§ 157 und 242 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Dissert. Leipzig, 1909.

Gareis, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1. Aufl. 1900, 2. Aufl. bearbeitet von Oertmann 1908.

Geib, Rechtschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München, 1909.

Goldmann-Lilientha, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auf. Berlin, 1903.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl. Mannheim, 1900.

Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr, Dissert. Leipzig 1894.

Hartmann, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 73, S. 309.

Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Berlin, 1912.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München, 1900.

— Zur Theorie der Willenserklärung (Leipziger Festgabe für Degenkolb), Leipzig, 1905.

— Gesetz und Verkehrssitte im „Recht", 1901, S. 216.

Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen, München, 1910.

Kruhöffer, Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse, Dissert. Straßburg, 1909.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig, 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin, 1901.

Leonhard, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin, 1900.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach BGB. Berlin, 1907.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. Berlin 1910.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs. Band I und II. Berlin 1888.

Neumann, Hauptausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl. Berlin, 1909.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I. Berlin, 1897.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin, Bd. I. 1899, Bd. II, 1903.

Schmölder, Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts, Hamm i. W., 1907.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München, 1902.

— Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 25, Seite 269.

— Noch einmal zum Begriffe von Treu und Glauben in der Allgem. Oesterr. Gerichts-Ztg., 1909, Seite 22.

— Treu und Glauben im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der D. Jur.-Z 1903, Seite 232.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, München, 1900.
Silbermann, Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 1. Jahrg. Seite 35. 6. Jahrg. Seite 105.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 4. Aufl. Berlin 1908.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin, 1897.
— Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. Berlin, 1902.
Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, Berlin, 1909.
v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 5. u. 6. Aufl. München, 1910.
Stein, Das private Wissen des Richters, Leipzig, 1893.
Stölzel, Rechtslehre und Rechtsprechung, Berlin, 1899.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 100, Seite 1.

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung.

Die Geschichte des römischen Zivilrechts ist gleichbedeutend mit der Entwicklung des ius strictum zum ius aequum. Strenges Festhalten am Wortlaut der Verträge war auf den älteren Stufen dieses Rechts eine unerbittliche Anforderung: lex dura, sed ita scripta est. Auf niedriger Kulturstufe, in den Anfängen des Verkehrs genügte solche starre, am Buchstaben des Gesetzes haftende Rechtsprechung, war vielleicht sogar eine Notwendigkeit. Die Bedürfnisse dieser Zeit befriedigte eben die intentio: si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} dare oportere, condemna; s. n. p. a. Für ein richterliches Ermessen über Art und Umfang der Leistung war kein Platz. Das ius strictum knüpfte das Band einer starren Schuldverpflichtung, und nur ein solches empfand man als Notwendigkeit.

Mit dem Wachsen der römischen Weltmachtstellung stieg der Verkehr, verfeinerte sich das Rechtsempfinden. Um den vielen, neuen Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens zu genügen, bedurfte es einer freieren, den einzelnen Fall berücksichtigenden Rechtsprechung. Schritt für Schritt ward so, wie wir alle wissen, das ius strictum vom ius aequum verdrängt in einer stetigen, Jahrhunderte langen Entwicklung. Diese findet sich ausgeprägt in der Rechtsprechung des römischen Praetors, der zunächst vorsichtig auf der Grundlage des ius strictum aufbauend, das Rechtsleben zu immer freierer Gestaltung gelangen ließ. Am deutlichsten zeigt sich solch' Fortschritt, als der Richter dem Beklagten verstattete, dem formell begründeten Anspruch den Boden durch den Einwand des dolosen Vorgehens zu entziehen. So lautet schließlich die Formel der exceptio doli generalis: si in ea re nihil dolo malo A^{i} A^{i} factum sit neque fiat. [1]

---

1) Gaius, IV, § 119.

Auf deren Inhalt und Bedeutung im römischen Recht in Kürze einzugehen, bietet das Thema dieser Arbeit hinreichenden Anlaß.

In formeller Hinsicht kannte man einmal die exceptio doli specialis; sie berücksichtigte nur den dolus vor der litis contestatio und wirkte gegen einen in sich unbegründeten, durch Betrug erwirkten Anspruch. Bezogen sich die Worte „factum sit" auf die exceptio doli specialis, so wurde der Richter durch das „neque fiat" angewiesen, bei Geltendmachung der exceptio doli generalis[2] auch wegen einer Arglist, die der Kläger bei oder vielmehr gerade durch Erhebung der Klage zeigte, trotz richtiger und bewiesener intentio die condemnatio nicht auszusprechen. Der exceptio doli generalis bediente man sich schließlich ganz allgemein; sie wurde „ad omnem eventum" in jede Formel aufgenommen.

Aber das römische Recht ging noch weiter; es verlangte zur Geltendmachung der allgemeinen Einrede der Arglist nicht mehr, daß der Kläger sich seines dolosen Handelns bewußt war, sondern es genügte schlechthin, daß die Geltendmachung eines Anspruchs objektiv gegen die bona fides verstieß.[3] Die große Bedeutung dieses Gesichtspunktes liegt darin, daß der Richter bei den actiones stricti iuris in die Lage gesetzt war, nach freiem Ermessen im Gegensatz zum Wortlaut dem Sinn und Zweck der Vereinbarungen Geltung zu verschaffen. (Bei den actiones bonae fidei bedurfte es ja keiner exceptio, denn bei ihnen wurde der condemnatio bereits durch die Worte der Formel „ex fide bona" eine Schranke gesetzt.)

Die exceptio doli wurde gebraucht, um dem strictum ius, welches die streng wörtlich verpflichtenden Rechtsgeschäfte regierte, die Spitze abzubrechen.[4] Der Satz: in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda sit[5] hatte allgemeine Giltigkeit erlangt. M. E. geht daher auch Stammler[6]

---

2) Auf die wenig treffende und leicht verwirrende Unterscheidung zwischen exc. doli specialis und exc. doli generalis haben hingewiesen: Wendt, a. a. O., S. 9. — Schneider, Treu und Glauben, S. 30, Anm. 43. — Silbermann, Zeitschr. f. Rechtspfl., 1910, S. 105.

3) ipse res in se dolum habet (l. 36. D. de verb. obl. 45. 1.)

4) Sohm, Institutionen, 12. Aufl. Leipzig, 1905. S. 279.

5) l. 90 D. de R. J. (50, 17).

6) Stammler, Schuldverh., S. 50.

mit seiner Ansicht wohl zu weit, daß eben dieser Satz in den Anfängen stecken geblieben sei. Keinesfalls heben sich die actiones bonae fidei von den actiones stricti iuris als hinzugefügte Ausnahmen ab. Nach Stammlers[7] Auffassung tritt bei einer Anwendung der bona fides die Absicht in den Vordergrund, den Anspruch des Klägers zu erweitern, während für den verklagten Schuldner wesentlich nur in Betracht komme, bei den bonae fidei iudicia auch solche exceptiones im Endurteile zu berücksichtigen, die in der formula keine Aufnahme gefunden hätten. Hierbei unterschätzt Stammler doch wohl die Tragweite der exceptio doli und der Anweisung an den iudex nur insoweit zu verurteilen, quantum dare facere oportet ex fide bona. Beides sind Machtmittel in der Hand des Richters, die ihn in den Stand setzten, gerade im Interesse des verklagten Schuldners den Grundsatz der aequitas zu voller Anwendung zu bringen.

Auch Schneider[8] vertritt die Auffassung, daß der auf seine freie Entscheidung angewiesene Richter sich gleichwohl ohne praetorischen Befehl über gesetzliche Vorschriften oder die vertragsmäßige Bindung der Parteien nicht hätte hinwegsetzen dürfen. Dies wäre an sich richtig, wenn der Richter in jedem Falle den Befehl des Praetors hätte einholen müssen. Aber gerade durch das „ex fide bona“ der Formel und durch die exceptio doli war er ja in die Lage gesetzt, eine der Billigkeit entsprechende Leistung zu bestimmen. Wenn Schneider dann fortfährt: „Seine (des Richters) Freiheit konnte im übrigen nur unter den in Rom vorhandenen Voraussetzungen jenen uns auffallend weiten Umfang haben“, so gibt er doch damit wohl zu, daß eine solche Freiheit des Richters tatsächlich bestand. Wenn nun diese nach seiner Auffassung nur in der stets bereiten Hilfe der Rechtskundigen wurzelte, so ist dem entgegenzusetzen, daß hierin ein begrifflicher Unterschied gegenüber dem geltenden Recht nicht zu erblicken ist. Heute ist eben der Richter selbst ein des Rechts Kundiger und daher nicht genötigt, sich fremder Hilfe zur Beschaffung der für seine richterliche Erkenntnis erforderlichen Mittel zu bedienen. Eben-

7) Stammler, Schuldverh., 51.
8) Schneider, Treu und Glauben, S. 32 ff.

sowenig läßt sich aus der von Schneider angeführten Allseitigkeit der Bildung des Richters — auch heute noch ein erstrebenswertes, leider nur nicht immer mehr erreichbares Ziel — ein Grund für die mangelnde Möglichkeit einer freien Entscheidung herleiten, und noch weniger dafür, daß die allgemeine Anwendung der exceptio für jeden Prozeß in spezifisch römischer Art ihre Erklärung findet. Denn der Richter, dessen Sachkunde etwa im Einzelfalle versagt, hat es auch heute stets in der Hand, durch Beschaffung von Gutachten Sachverständiger sich oder dem Gericht diese Sachkunde zu erwerben.

Die Grundsätze der aequitas im römischen Recht sind später fortgebildet worden und haben auch im gemeinen Rechte Aufnahme gefunden. Man strebte hier danach, die römischen Grundsätze der bonae fidei iudicia bei allen Klagen zu Grunde zu legen.[9] Das preußische Allgemeine Landrecht enthält dagegen eine ausdrückliche Bestimmung über Treu und Glauben nicht; es sagt nur in seinem § 270, T. I, 5: „In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalt erfüllt werden." Wenn man jedoch die Entwicklung des Grundsatzes von Treu und Glauben in den einzelnen Rechtssystemen betrachtet, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch das Allgemeine Landrecht den Begriff der aequitas kannte und durch diese, im Ausdruck vielleicht nicht glückliche Bestimmung mit Gesetzeskraft versehen wollte.

Mit ausdrücklichen Worten erkennt der code civil die bona fides an. Artikel 1134 sagt:

> „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
>
> Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
>
> Elles doivent être exécutées de bonne foi."

Und noch weiter gehend bestimmt dann Artikel 1135:

> „Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."

---

9) Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 27.

Auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, das sich ja zum großen Teil an den code civil anlehnte, andererseits aber eine Reihe römisch-rechtlicher Grundsätze beibehielt, sagt in seinem § 858:

> „Die Erfüllung eines Vertrages hat dasjenige zu umfassen, was nach der besonderen Verabredung der Beteiligten, nach den gesetzlichen Vorschriften über den in Rede stehenden Vertrag und überhaupt nach Treu und Glauben und nach der Handlungsweise eines redlichen Mannes zu leisten ist."

Alle diese Vorschriften dürften die Stufen zur Entwicklung des bona fides-Gedankens bilden, wie er im Bürgerlichen Gesetzbuch seinen Ausdruck gefunden hat.[10]

Stammler[11] ist allerdings der Ansicht, daß bei diesen Bestimmungen ein grundsätzlicher Fortschritt über den Standpunkt des römischen Rechts hinaus nicht erzielt worden sei. Er sieht in ihnen lediglich eine Wiederholung des Begriffes der römischen aequitas, dem er, wie angedeutet, eine umfassende Bedeutung nicht zusprechen will, und vermißt den verbindenden Weg, der vom römischen Recht zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Treu und Glauben hinführt, in denen er etwas neues erblickt. Dem möchte ich nicht beipflichten. Wenn man den Inhalt des Art. 1134, Abs. 3, code civil: „Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi", dem Wortlaut des § 157 BGB.: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", gegenüberstellt, so ist offenbar, daß der gesetzgeberische Gedanke bei beiden Vorschriften derselbe ist. Und ebenso dürfte ihr Erfolg im letzten Ende der nämliche sein, da sie beide dem Schuldner einen wirksamen Schutz gegen einen dolos handelnden Gläubiger gewähren.

Gegen die Stammlersche Auffassung wendet sich — m. E. übrigens zutreffend — Dernburg[12]; mit Recht hält er es für eine Verkennung des geschichtlichen Entwicklungsganges in den Be-

---

10) Crome, a. a. O., Bd. II, S. 22 — Rehbein, a. a. O., Bd. II, S. 13 — Endemann a. a. O., S. 50, Anm. 5. — Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 28.
11) Stammler, Schuldv., S. 52.
12) Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 29.

stimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen neuen, früheren Rechtssystemen fremden Grundsatz der Rechtsprechung zu sehen.

§ 2.

Entstehungsgeschichte des § 242 BGB.

Bevor aber der Begriff von Treu und Glauben im geltenden bürgerlichen Rechte, insbesondere die Bedeutung, die er im § 242 BGB. gefunden hat, dargelegt werden soll, erscheint es angebracht, in Kürze darzutun, auf welchem Wege der Gesetzgeber des heutigen Rechts zur Fassung dieser gesetzlichen Bestimmung gelangt ist. Denn mag im allgemeinen der Wert einer solchen Heranziehung der Vorarbeiten zum Gesetze zur Auslegung des Gesetzes selbst immerhin umstritten sein[13] — wo es sich, wie hier, um eine Vorschrift handelt, die dem subjektiven Ermessen des Richters eine entscheidende Rolle zuweist, wird es in jedem Falle, um Bedeutung und Tragweite dieser Vorschrift zu erfassen und zu begrenzen, eine wichtige Erkenntnisquelle bedeuten, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Erwägungen bei Schaffung des Gesetzeswortlauts zu der endgiltigen Formulierung geführt haben.

Der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich schlägt als § 224, Absatz 1, Satz 1, folgende Bestimmung vor: „Der Schuldner ist verpflichtet die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken.“ Die Vorschrift lehnt sich also an den oben [14] erwähnten § 270, I, 5 des Allgemeinen Landrechts an. § 359 sollte lauten: „Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.“

[13] vergl. hierüber Cosack, a. a. O., S. 39 — Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, S. 314 — Dernburg, a. a. O., Bd. I, S. 21 — Hartmann, a. a. O., S. 406 — bes. bezügl. des § 242 Schneider, Treu und Glauben, S. 22.

[14] s. Seite 7.

[15] Motive, Bd. II, S. 26.

Die Aufstellung der erstgenannten Vorschrift des § 224 wird, wie folgt, begründet[15]: „Die Bestimmung . . . könnte als selbstverständlich erscheinen Es ist jedoch eine ausdrückliche Hinweisung darauf, daß die Verpflichtung ihrem ganzen Umfange nach, insbesondere auch in Ansehung aller Nebenpunkte, zu erfüllen sei, nicht unnötig. Es ist weder dem Gesetze, noch für die Regel dem Geschäftsverkehr möglich, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen und Nebenpunkten genau zu beschreiben; vollständig läßt sich der Inhalt einer Leistungsverbindlichkeit nur im konkreten Falle erkennen mittels Auslegung des Gesetzes, bezw. des Rechtsgeschäfts, auf dem die Verbindlichkeit beruht."

Zum § 359[16] bemerken die Motive: „Es werden hierdurch nicht bloß gewisse Anhaltspunkte für die Ermittlung der aus konkreten Verträgen entstehenden Verpflichtungen gegeben, sondern vor allem der praktische und wichtige Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treu und Glauben beherrscht wird."

Bei den Beratungen in den Kommissionen haben beide Vorschriften, §§ 224 und 359, wesentliche Änderungen erfahren.

Es handelte sich in erster Reihe darum, welchen Einfluß Treu und Glauben auf das Ob und Was[17] der Verbindlichkeiten haben sollte, mit anderen Worten, ob die Vorschrift nur bei Art der Leistung Anwendung finden sollte oder auch bei der Frage, ob überhaupt eine Verbindlichkeit entstanden sei.

Für den § 224 lagen zwei Anträge vor, nämlich:

1. den § 224 durch nachstehende Vorschrift zu ersetzen: „Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.
2. diese Vorschrift mit Rücksicht auf die im Zusammenhange mit dem Antrag 1 ins Auge gefaßte Streichung des § 359 durch folgende Vorschrift zu ersetzen: „Zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichtet, und wie die Leistung zu bewirken ist, ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen."

16) Motive, Band II, S. 198.
17) Protokolle, S. 24.

Beide Anträge stellten also noch auf obligatorische Verträge ab; eine Bestimmung für alle Verträge, die im allgemeinen Teil hätte Platz finden müssen, wurde nicht für erforderlich gehalten.

§ 224, Abs. 1, Satz 1 wurde in der ursprünglichen Form fallen gelassen und die beiden oben erwähnten Anträge mit folgender Begründung[18] angenommen: „Der Satz 1 des Abs. 1 ist als selbstverständlich gestrichen. An seine Stelle tritt die zugleich zum Ersatz des § 359 bestimmte Vorschrift, daß nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu beurteilen ist, zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichtet, und wie die Leistung zu bewirken ist. Man erachtete die Verweisung auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte nicht nur bei Schuldverhältnissen aus Verträgen, sondern bei allen Schuldverhältnissen für erforderlich, um das ganze zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Verhältnis seinem wahren Inhalt nach zur Anerkennung zu bringen, wozu die gemeinrechtliche Rechtsprechung sich gern der sog. exceptio doli generalis bediente, und fand die im Antrage 1 vorgeschlagene Fassung zu eng, weil sie nur die Art der Leistung treffe, während es sich um den ganzen Inhalt der Obligation handle, von dem sich bei rechtsgeschäftlichen Obligationen häufig die Frage, ob überhaupt eine Verbindlichkeit entstanden sei, nicht wohl trennen lasse."

Obwohl also ausdrücklich bemerkt wurde, daß der 1. Antrag allein nicht den ganzen Inhalt der Obligationen treffe, und obwohl diese Erwägungen dann wohl auch zur Annahme des Antrages 2 geführt haben, gab die Redaktionskommission, der sachliche Änderungen vorzunehmen nicht zustand, dem § 224, Abs. 1, folgende Fassung: „Der Schuldner ist zur Bewirkung der Leistung in der Weise verpflichtet, wie es Treu und Glauben und der Verkehrssitte entspricht."

Wie man angesichts dieser Fassung davon ausgehen konnte[19], daß sie bei richtiger Auslegung nicht nur auf die Art der Erfüllung, sondern auch auf das Ob und Was der Verbindlichkeit zu beziehen sei, ist m. E. nicht recht einleuchtend. Auch in der

[18] Protokolle, S. 303.
[19] „ „ 624.

Kommission entstand eine Meinungsverschiedenheit, ob durch die so gefaßte Vorschrift der sachliche Beschluß der Kommission gedeckt sei.

Da man jedenfalls die Aufnahme einer Bestimmung wünschte, die sich nicht nur auf die Art der Leistung bezöge, so wurden zum § 359 folgende Anträge gestellt:

1. denselben zu streichen,
2. als Satz 2 des § 72 oder als § 90a [d. h. im allgemeinen Teil] zu bestimmen: „Verträge sind so auszulegen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern."
3. für den Fall, daß mit der Redaktionskommission eine Fassung des § 224 Abs. 1 angenommen werde, welche die Vorschrift auf Erfüllung (Bewirkung der Leistung) beschränke, deren Ersatz nicht mit Antrag 2 zum allgemeinen Teil, sondern zum Rechte der Schuldverhältnisse zu bewirken und als § 359 zu beschließen: „Der Vertrag verpflichtet den Schuldner zu demjenigen, was sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Inhalt desselben ergibt.
4. als Unterantrag zu 2 und 3: die Worte „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" zu streichen.

Erst auf diese Anträge hin fand die Bestimmung Aufnahme, daß die Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht nur bei obligatorischen, sondern bei allen Verträgen maßgebend sei: Der Antrag 2 wurde angenommen. Die Mehrheit der Kommission war im Gegensatz zu der von der Redaktionskommission vertretenen Ansicht der Meinung, daß die von dieser vorgeschlagene Bestimmung, wenn man den Worten nicht Zwang antun wollte, nur von der Art der Erfüllung verstanden werden könnte. Durch die von der Redaktionskommission vorgeschlagene Fassung ist man dann zu jener Scheidung gekommen, die wir endgiltig in den §§ 157 und 242 finden, daß nämlich der allgemeine Teil den Grundsatz von Treu und Glauben bezüglich des Inhalts aller Verträge enthält, während sich § 242 nur auf die Art der Leistung bezieht. Die Kommission hat also § 224 des I. Entw. beibehalten, obschon er sich nicht auf die Frage bezieht, ob eine Verbind-

lichkeit vorhanden ist und welche. Sie begründet ihre Ansicht folgendermaßen: „Nur bezüglich der Art der Erfüllung passe die Bezugnahme auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte allgemein, während sie hinsichtlich der Frage, ob eine Verpflichtung entstanden sei, nur bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen zutreffe."

Die Kommission hält es also – in der m. E. zutreffenden Erwägung, daß § 224 den § 359 nicht decke — für zweckmäßig, jene Vorschrift in den allgemeinen Teil zu stellen und alle Verträge zu treffen, anstatt dem zweifellos einen Rückschritt bedeutenden Antrag 3 stattzugeben und die Bestimmung dadurch auf die obligatorischen Verträge zu beschränken. „Die Maßgeblichkeit von Treu und Glauben", so führen die Protokolle[20] aus: „für die Feststellung des Vertragsinhalts treffe ebenso wie für obligatorische Verträge auch für alle anderen Verträge zu, so für Verträge über die Bestellung von Dienstbarkeiten (Nießbrauch, Gerechtigkeiten) und Pfandrechten, für Verträge, welche das eheliche Güterrecht betreffen, und für Erbverträge."

Die durch die Annahme des Antrages 2 zu § 359 bedingte Form einer Auslegungsregel wird gerechtfertigt: „Theoretisch sei zwar zuzugeben, daß es sich bei der Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte nicht selten nicht um „Auslegung" des Parteiwillens im streng wissenschaftlichen Sinne handle, sondern um Ergänzung des fehlenden Willens durch das Gesetz. Indessen gebrauche der Sprachgebrauch des Lebens auch die hierauf gerichtete Tätigkeit des Richters unter dem Ausdrucke Auslegung, und der Gesetzgeber dürfe unbedenklich sich diese weitere Bedeutung des Wortes annehmen, da ein Mißverständnis nicht zu befürchten sei."

So gelangte die Kommission schließlich zu der Fassung, wie sie dann unverändert vom Reichstage angenommen wurde und als § 242 im Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme fand: „Der Schuldner hat die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

---

20) Protokolle, S. 625.

§ 3.

Abgrenzung des § 242 gegenüber der Vorschrift des § 157 BGB.

Haben wir so die Entstehungsgeschichte des § 242 kennen gelernt, um uns nunmehr der eigentlichen Aufgabe, nämlich der Bestimmung des Begriffs „Treu und Glauben" im Rahmen dieser Vorschrift zuzuwenden, so wird es zunächst zweckmäßig sein, § 242 abzugrenzen von der im § 157 enthaltenen: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", zumal solche Scheidung in den Vorberatungen, wie wir sahen, zum Teil nicht oder doch nur in wenig klarer Weise erfolgt ist.[21]

Auf den ersten Blick mag es scheinen, daß § 157 — seiner Stellung im Gesetze entsprechend — ganz allgemein den Grundsatz von Treu und Glauben zum Ausdruck bringt, daß er insbesondere bei Feststellung der Art der Leistung zu berücksichtigen sei. Sobald es sich aber um Schuldverhältnisse handelt, die nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage entstanden sind, versagt bereits § 157. Mag man sich im übrigen auch der Ansicht, daß, wenn im § 157 von Verträgen die Rede ist, dies in ausdehnendem Sinne auch auf einseitige Rechtsgeschäfte zu beziehen sei, anschließen oder nicht,[22] so würde doch sicherlich eine Anwendung des § 157 beispielsweise bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen entfallen.

Weiterhin setzt § 242 das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus,[23] wie bereits der Wortlaut ergibt, der auf die Erfüllungspflicht des Schuldners abstellt.[24] Dieser hat „die" Leistung nach Treu und Glauben zu bewirken, d. h. eben die Schuld, deren Bestehen an sich keinem Zweifel unterliegt, zu tilgen. Dagegen setzt § 157 m. E. nicht — wie Hachenburg annimmt[25] — die Feststellung voraus, daß tatsächlich ein Vertrags-

---

21) Selbstverständlich wird der Unterschied zwischen §§ 157 und 242 auch später, insbes. in § 5, Gegenstand der Erörterung sein.

22) vergl. Danz, Laienverst., S. 94 — Staudinger, zu § 157, Anm. 4 — Hölder, Gesetz und Verk. s. S. 216 — Jacobi, a. a. O., S. 108.

23) s. Seite 27.

24) vergl. Oertmann, a. a. O., zu § 242, Anm. 1.

25) Hachenburg, a. a. O., S. 26.

band geknüpft sei, mag auch der Wortlaut zunächst dafür sprechen. Die Aufgabe des § 157 soll es doch sein, Verträge auszulegen, und es liegt auf der Hand, daß dies in erster Reihe die Erörterung der Frage bedingt, ob denn überhaupt ein Vertrag im Rechtssinn zustande gekommen sei.

So wendet sich § 157 vornehmlich an den Richter, während § 242 in erster Reihe den Schuldner und freilich auch — wie unten[26] näher dargetan werden soll — dem Gläubiger, also den Parteien eine Anweisung dafür sein soll, wie der Schuldner zu leisten und wie deshalb der Gläubiger seine Forderung geltend zu machen habe. Dagegen kann § 242 dafür niemals der Anhalt sein, was der Schuldner zu leisten, was der Gläubiger zu fordern habe; und umsomehr muß er stets dann versagen, wenn sich Zweifel ergeben, ob überhaupt vollständige Parteivereinbarungen vorliegen oder nicht. Hier ist vielleicht Raum für Anwendung des § 157 und nur für dessen Anwendung. An Hand dieser Bestimmung wird der Richter — hat er auch nicht die Aufgabe, den nicht geäußerten Willen der Beteiligten zu ergründen[27] — den Vertrag so auslegen müssen und können, daß das Ergebnis dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht.

Es geht also nicht an, die eine der beiden Gesetzesbestimmungen durch den Hinweis auf die andere für überflüssig zu erklären.

§ 4.

Bestimmung des Begriffes von Treu und Glauben.

Es liegt nahe bei einer Bestimmung des Begriffes „Treu und Glauben“ auf seine ethymologische Bedeutung zurückzugehen.

Zunächst dürfte eine Trennung der beiden Begriffe „Treue“ und „Glauben“ voneinander, wie Hagen[28] sie vorschlägt, zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Nach Kluge[29] hat „Treue“ den gleichen Stamm wie das Verbum drū · Zuver-

[26] s. Seite 26.
[27] Urt. des Reichsg. vom 19. 3. 1908 im J. W. 08, 301.
[28] Hagen, a. a. O., S. 17.
[29] Kluge, Ethymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 6. Aufl., Straßburg 1905.

sicht hegen, während „Glaube“ die Bedeutung von „Gut heißen“ hatte. Jedenfalls sind Treu und Glauben, wie auch Leonhard[30] hervorhebt, volkstümliche Ausdrücke, die beide auf eine Zuverlässigkeit hindeuten und zwar auf eine gegenseitige. Eine solche Auffassung entspricht nach meiner Ueberzeugung auch dem heutigen Sprachempfinden. Für nicht zutreffend halte ich daher Waag's[31] Ausführungen, nach denen es uns nicht mehr zum Bewußtsein kommen soll, daß die häufige zu einer allgemeinen Versicherung verblaßte Formel „Auf Treu und Glauben“ ursprünglich ein Wechselverhältnis ausdrückte, nämlich Treue auf seiten dessen, dem etwas anvertraut wird, Glaube auf seiten des Anvertrauenden. Allerdings könnte der Umstand, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Worte „Treu und Glauben“ als Pluralbegriff auffaßt (Treu und Glauben . . . erfordern), was m. E. wenig glücklich ist, die Annahme hervorrufen, daß es sich bei beiden Worten um verschiedene Begriffe, nicht aber um etwas sprachlich Einheitliches handle. Ebenso wie man Begriffe wie „Jung und alt“ oder „Arm und reich“ als Singularbegriff empfindet und sprachlich verwendet, so wäre es auch hier angebracht gewesen, Treu und Glauben als Singularform und nicht als Pluralform zu behandeln. Mißverständlich würde das heute kaum wirken; trotz der begrifflichen Einheit kommt auch heute noch für unser Sprachempfinden das Wechselverhältnis der beiden Worte deutlich zum Ausdruck. Es wird erfordert der auf seiten beider Parteien herrschende Glaube, daß der andere seinem Worte die Treue halten werde[32], ein Erfordernis, das übrigens im Art. 3, I des neuen, am 1. Januar 1912 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilgesetzbuchs dahin ganz allgemein gefaßt ist: „Jedermann hat sowohl in Ausübung seiner Rechte als in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.“

Was haben wir nun unter „Treu und Glauben“ zu verstehen? Die Antwort ist nicht leicht zu geben; so lebhaft wir auch den Begriff zu empfinden vermögen, so schwer ist es ihn

30) Leonhard, a. a. O., S. 353.

31) Waag, Die Bedeutungsentwicklung unseres Wortschatzes, Lahr, 1901, S. 175.

32) Endemann, a. a. O. § 100 — vgl. Wendt, a. a. O., S. 85 ff. — Böckel, a. a. O., S. 415 — Geib, a. a. O., S. 205, Anm. 5.

zu definieren.[33] Ganz richtig sagt darum Wendt[34], daß er mehr gefühlt und geahnt werden müsse, als zergliedert werden könne. Zuweitgehend ist aber doch wohl die Behauptung Hagen's[35], daß es sich um nichts mehr als um das Wort handle, das sich zur rechten Zeit einstelle, wo die Begriffe fehlten. Ganz ohne Beispiel ist die Einführung eines derart schwer definierbaren Begriffs in unserer Gesetzgebung gewiß nicht. Derartig elastischen Rechtsnormen vielmehr, wie sie Crome[36] nennt, begegnen wir mehrfach, wenn z. B. von „wichtigen Gründen", „guten Sitten" oder „Umständen des Falls" im Gesetz gesprochen wird. Damit ist für den Richter, der ebenso wie die Parteien ein Kind seiner Zeit und ihrer Moralgesetze ist, zum mindesten eine Richtschnur gegeben, der er zu folgen hat. So wird wenigstens erzielt oder soll doch erzielt werden, daß der Streitfall im Einklang mit dem Volksempfinden in objektiver Abwägung aller besonderen Umstände zur Entscheidung gebracht wird.

Es kann zunächst nicht zweifelhaft sein, daß mit dem Erfordernis von „Treu und Glauben" der Gesetzgeber einen objektiven Maßstab hat schaffen wollen, einen Maßstab also, der nicht etwa die persönliche Überzeugung der klagenden oder verklagten Partei entscheidend sein läßt. Ebensowenig darf subjektives Dafürhalten des Richters ausschlaggebend sein[37]; vielmehr soll dieser, wie die Mehrheit der Schriftsteller es ausdrückt, so urteilen, wie ein „redlich denkender Mann" in einem entsprechenden Falle verfahren würde. Nun fragt freilich Stammler[38] mit Recht, wer jene redlichen, anständigen Menschen seien, deren Anschauungen der Richter seinem Urteil zu Grunde legen soll. Selbstverständlich ist auch dieser Begriff, ähnlich dem des römischen vir bonus, ein dehnbarer, relativer. Auch Schneider[39] steht solcher Erklärung bedenklich gegenüber und weist den schwankenden Maßstab die Entscheidung auf die Art

---

[33] vgl. Oertmann, a. a. O., zu § 242, Abs. 2.
[34] Wendt, a. a. O., S. 3.
[35] Hagen, a. a. O., S. 14.
[36] Crome, a. a. O., Bd. I, S. 66.
[37] Matthiaß, a, a. O., S. 227 G vgl. Oertmann, a. a. O., zu § 242, Absatz 2 — Crome, a. a. O., Bd. II, S. 23, Anm. 9.
[38] Stammler, Schuldv., S. 36.
[39] Schneider, Treu und Glauben, S. 50, Anm. 72 und S. 142 ff.

der anständigen Leute abzustellen, zurück[40]. Ich glaube allerdings, daß Schneider hierbei den Begriff „Anstand" in einer allzu weit gehenden und damit m. E. unrichtigen Weise auffaßt. Wir müssen hier wohl scheiden zwischen dem Anstand des täglichen Lebens, der natürlich die von Schneider angeführten „Fischweiber" und andererseits z. B. einen hohen Beamten in ihren Anschauungen scharf unterscheiden läßt, und dem Anstand in ethischer Beziehung, den jeder Mensch in der Berührung mit seinen Mitmenschen hat oder — doch haben sollte. Nur der Anstand in letzterem Sinne kann hier in Frage stehen, und dieser wird durch die Verschiedenheit sozialer Stellung niemals beeinflußt werden können. Vielmehr kann es sich sehr wohl ereignen, daß ein „ungebildeter" Mensch mehr Anstand zeigt, als jemand, der sich sonst nach dem Urteil der Gesellschaftsschicht, in der er lebt, stets tadelfrei benimmt.

In diesem Zusammenhange ist auch die in der Literatur vielfach erörterte Begriffsbestimmung, die Stammler[41] von Treu und Glauben gibt, zu erwähnen. „Es ist die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streites, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das Richtige angibt." Unter dem sozialen Ideal versteht Stammler ein formales Richtmaß, aber keine inhaltlich vollkommene Rechtsordnung, eine Formel für die einheitliche Art und Weise prozessualisches Parteivorbringen zu erfassen und zu klassifizieren. Ob man aber auf diesem Wege — mit Hilfe eines Ideals, das sich Stammler m. E. zu hoch gesteckt hat[42] — zur Auffindung des „richtigen Rechts" dessen Lehre er so entschieden vertritt,[43] gelangen kann, mag doch zweifelhaft erscheinen.

Wenn wir uns ein soziales Ideal vorzustellen versuchen, so wird unser Denken geleitet oder doch angeregt von den „sozialen Vorschriften" des Gesetzes, also z. B. von den Vorschriften

40) Die Ansicht von Danz — Ausl. S. 160, Anm. 2 —, der Begriff der Verkehrssitte sei vielfach ein ebenso schwankender wie der „anständige Leute", mag richtig sein, vermag aber zur Klärung unserer Frage schwerlich beizutragen.

41) Stammler, Schuldv., S. 43 — Diese Auffassung bedeutet nach Matthiaß — Zentralblatt für Rechtswissenschaft, Bd. 37, S. 79 — einen Fortschritt gegenüber dem bisher verwendeten Maßstabe der Gerechtigkeit.

42) Oertmann, a. a. O., zu § 826, Anm. 2, hält die Stammler'sche Auffassung sogar für „hyperidealistisch".

43) Über Stammler's „Lehre vom richtigen Recht" siehe Staffel in Jher. Jahrb., Bd. 50, S. 201.

über eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe, die herabgesetzt werden kann, oder von der Vorschrift des § 618, Abs. 2 BGB., der dem Dienstverpflichteten Einrichtungen verschafft, die mit Rücksicht auf seine Gesundheit, Sittlichkeit und Religion erforderlich sind, u. a. m. Wenn aber z. B. die Ausdrucksweise des Verkäufers über zugesicherte Eigenschaften eines Pferdes nach „Treu und Glauben" ausgelegt werden soll, so wird uns hierbei eine dem Sachverhalt gerecht werdende Entscheidung dem sozialen Ideale kaum näher bringen. Vielmehr soll hier die Ethik des Rechts, der der Spruch genügen soll, allein maßgebend sein; ihr höchstes Ziel ist Gerechtigkeit, und so soll bei der Entscheidung nach „Treu und Glauben" das nach dem gesamten tatsächlichen Material einschließlich der Verkehrssitte gerechte Resultat gefunden werden.[44]

Mit dieser Fassung, die aus der Abwägung und Beurteilung der widerstreitenden Interessen und Wünsche[45] auf das höchste Ziel, die Gerechtigkeit, abstellt, kommt man m. E. weiter als mit der von Schneider[46] gegebenen Begriffsbestimmung. Nach seiner Ansicht bedeutet Treu und Glauben

> einmal die Pflicht, da, wo die Bestimmungen des Gesetzes oder der Vertragsabrede im Stiche lassen oder trotz der Worte in Wahrheit nicht oder nicht mehr passen, bei der eigenen Leistung und bei der Anforderung des Gegners, was die Art ihrer Ausführung anlangt, eine beiden Teilen tunlichst gerechte, die Verkehrssitte mitberücksichtigende Mittellinie einzuhalten; sodann die Gewißheit (Zuverlässigkeit), daß der Richter im Streitfall hiernach auch entscheide; das zunächst auf den Gegner gesetzte Vertrauen also nicht getäuscht werde.

Der zweite Absatz dieser Fassung erscheint mir nicht ganz klar; denn die Parteien müssen sich bei der Vorschrift, daß Treu und Glauben berücksichtigt werden solle, in gleicher Weise wie bei jeder anderen Vorschrift des positiven Rechts auf die Objektivität des Richters verlassen können, mag es solcher bei einer Entscheidung nach § 242 auch in ganz besonderem Maße bedürfen.

44) Matthiaß, a. a. O., S. 227.
45) Stammler, Schuldv., S. 45.
46) Schneider, Treu und Glauben, S. 147.

Wenn nun Schneider – übrigens auch an anderer Stelle[47] in der Vorschrift von „Treu und Glauben“ die Anweisung an den Richter erblickt, die Mittellinie der beiderseitigen Interessen aufzusuchen, so ist damit eigentlich immer noch nicht der Begriff von „Treu und Glauben“ dargelegt. Denn es wird zwar dem Richter nicht schwer fallen die beiderseitigen Ansprüche auf einer mittleren Linie zusammenzubringen, die von den Ausgangspunkten der Parteien etwa gleich weit entfernt läuft. Aber damit ist doch noch nicht gesagt, daß die beiden Punkte, von denen aus die beiden Parteien durch den Richter zueinander geführt worden sind, auch die richtigen waren, daß also eine Partei von dieser mittleren Linie nicht von vornherein zu weit entfernt gewesen ist, als daß das Ergebnis der Gerechtigkeit genügte. Für derartige Streitigkeiten bedarf es daher einer Macht, deren höchstes oder vielmehr einziges Ziel die Objektivität ist.[48] Nur so kann das Ziel jeder Rechtsordnung, nämlich das soziale Zusammenleben im Sinne der Gerechtigkeit zu ordnen,[49] erreicht werden.

Ebensowenig erscheint mir der Begriff „Treu und Glauben“ damit erfaßt zu sein, daß man das Erfordernis einer Entscheidung nach Treu und Glauben schlechthin mit dem Erfordernis einer billigen Entscheidung gleichstellt, selbst wenn man dabei nicht übersieht, daß die Gewährung dessen, was „recht“ ist, nicht, wie Hachenburg[50] bemerkt, über dem Suchen nach dem, was „billig“ ist, versäumt werde. Jedenfalls geht v. Blume[51] mit seiner Ansicht zu weit: es dürfe mit Treu und Glauben nicht operiert werden, es sei denn, daß in den Grundsätzen von Treu und Glauben der Richter einen Freibrief erhalten hätte das für Recht zu erklären, was ihm billig dünke. Gewiß soll Treu und Glauben für den Richter einen Maßstab bei der Anwendung der Rechtsnormen bedeuten, nie aber einen Freibrief für sein subjektives Empfinden. Hierbei erscheint es mir jedoch verfehlt, den Begriff der Billigkeit in Gegensatz zu dem, was Rechtens ist, zu setzen, wie es v. Blume tut. Denn die Entscheidung des Rich-

47) Schneider, Treu und Glauben, S. 132.
48) vergl. Stammler, Schuld., S. 45 — Leonhard, a. a. O., S. 353.
49) Matthiaß, a. a. O., S. 227, Anm. 3.
50) Hachenburg, a. a. O., S. 31.
51) v. Blume, a. a. O., Seite 18.

ters soll niemals billig sein statt dem geschriebenen Rechte zu genügen: sie soll billig sein und dem Gesetze entsprechen.

Auf einen ähnlichen Standpunkt wie v. Blume stellt sich Schmölder,[52] der unter dem vom Gesetz gebrauchten Begriff von Treu und Glauben nur einen anderen Ausdruck für Billigkeit verstanden wissen will; ihm bedeutet die Einführung des § 242 nichts weiter als einen Schritt auf dem Wege zur natürlichen Rechtsauffassung. Weshalb diese Vorschrift nicht stärker denn als eine flüchtige Seitenverbeugung zu einer solchen Auffassung bewertet werden soll, vermag ich nicht einzusehen. Mag man Schmölder auch zugeben, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur auf die Zeile gesetzt hat, was bei anderen Gesetzbüchern zwischen den Zeilen gelesen werden sollte, die gegenteilige Ansicht vertritt wohl Stammler[53] am entschiedensten — immerhin bleibt doch darum die Vorschrift des § 242 als ein großer Fortschritt gegenüber strengformalistischer Rechtsauffassung und -anwendung zu bewerten.

Darin scheint auch Schneider,[54] ähnlich wie v. Blume, den Begriff der Billigkeit mißzuverstehen; billig ist niemals eine Entscheidung, die zugunsten einer Partei ergeht, d. h. also, die ein Entgegenkommen bedeutet, das der andere immer als unbillig empfinden werde. Von diesem Gesichtspunkt aus warnt er zwar mit Recht, immer und ausnahmslos der vielberufenen „Billigkeit“ zu dienen und überall und immer nur „billige“ Entscheidungen in Rechtsstreitigkeiten treffen zu lassen,[55] leitet aber m. E. seine Folgerung von einem unrichtigen Ausgangspunkt her. Denn jede Besorgnis vor „billigen“ Entscheidungen entfällt, sobald man unter Billigkeit lediglich die Erwägung versteht, die den Ausgleich zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und dem Tatbestand des Einzelfalles durch eine eingehende objektive Würdigung der Tatumstände zu schaffen sucht.

---

52) Schmölder, a. a. O., S. 16 f.
53) Stammler, Schuldv., S. 52 f.
54) Schneider, im Arch. f. bürgerl. R., S. 274.
55) Allerdings scheint Schneider, soweit ich sehe, seinen oben dargelegten Standpunkt im Sinne der hier vertretenen Auffassung geändert zu haben; denn er versteht — in der Allg. Oesterr. Ger.-Ztg., 60. Jahrg. S. 226 — unter Recht und Billigkeit „die unparteiische Abwägung der streitenden Interessen unter Berücksichtigung des durch die Verkehrssitte hergebrachten“, also keine Mittleidsentscheidungen.

Eine solche Entscheidung wird im Ergebnis stets für beide Teile billig sein müssen; und es bedarf kaum der Erwähnung, daß sie weder aus Achtung vor dem Einflusse des wirtschaftlich Stärkeren, noch aus Mitleid mit dem wirtschaftlich Schwächeren ergehen kann.[56]

§ 5.

Umfang der Verpflichtungen von Schuldner und Gläubiger hinsichtlich der geschuldeten Leistung.

Nach der Vorschrift unserer Gesetzesbestimmung hat der Schuldner so zu leisten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Was ist damit für die Leistung des Schuldners bestimmt? Wie oben dargetan, haben schon die Protokolle[57] den Hinweis auf Treu und Glauben für erforderlich erachtet, „um das ganze zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Verhältnis seinem wahren Inhalte nach zur Anerkennung zu bringen." Das scheint mir, wenn auch in etwas allgemeiner Fassung, durchaus zutreffend. Es sollen eben, mit anderen Worten, beide Teile geschützt werden gegen Eingriffe, die dem Rechte wie der Billigkeit zuwiderlaufen; es soll verhütet werden, „daß ein schikanöses Festhalten an dem wirklichen Vertragsinhalt zu einem mit den billigsten Anschauungen des Verkehrs in Widerspruch stehenden Ergebnis führe – summum ius summa iniuria."[58]

Schon oben[59] ist davon die Rede gewesen, daß § 242 nicht nur für den Schuldner gilt, sondern gleicher Weise eine Vorschrift für den Gläubiger bedeutet. Deutlicher tritt diese Absicht des Gesetzgebers allerdings in § 157 zu Tage, der schlechthin von Verträgen spricht und dadurch zweifelsfrei zum Ausdruck bringt, daß er für den Träger der Forderung dieselbe Geltung wie für den Träger der Verpflichtung beansprucht.

Nach dem Wortlaut des § 242 könnte man zunächst annehmen, daß er nur eine Norm für das Verhalten des Schuld-

---

56) Dies befürchtet Schneider scheinbar noch in „Treu und Glauben", S. 133 und im Arch. f. bürg. R., Seite 274.
57) Protokolle, S. 303 — s. oben Seite 16.
58) Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 242, Anm. 1.
59) s. oben Seite 20.

ners, nicht aber für dasjenige des Gläubigers sein soll. Dies würde aber zweifellos dem Inhalt der Vorschrift nicht gerecht werden. Denn die Leistungsfähigkeit des Schuldners und das Forderungsrecht des Gläubigers stehen in einem gegenseitigen, sich mit Notwendigkeit ergänzenden Verhältnis, das unmöglich getrennt werden kann.[60]

Wenn der Schuldner nach den Anforderungen von Treu und Glauben leisten soll und nur nach diesem Maßstab verpflichtet ist,[61] so kann natürlich der Gläubiger auch nicht darüber hinaus zu fordern berechtigt sein; „was das Maß der Schuld bestimmt, bestimmt auch den Inhalt der Forderung."[62] Wie die Leistung nach ausdrücklichen Vorschriften zu bestimmen ist, so wird auch die gleiche Vorschrift der Gläubiger gegen sich gelten lassen müssen, wenn er etwas anderes verlangt, als er hiernach zu fordern berechtigt ist. Der in diesem Zusammenhange aufgestellte Satz Wendt's[63]: „Der Gläubiger ist verpflichtet, seine Forderung so geltend zu machen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", ist daher ganz zutreffend, wenn man ihn richtig dahin versteht, daß der Gläubiger verpflichtet sei, seine Forderung „nur" oder „nur so weit" geltend zu machen, wie usw.

Dies führt uns zur Beantwortung der Frage hin, inwieweit über die geschuldete Leistung selbst in § 242 Bestimmung getroffen wird, genauer ausgedrückt: ob sich § 242 nur auf das „Wie" der Leistung erstreckt oder auch, um die kurze und ganz treffende Ausdrucksweise der Protokolle zu gebrauchen, auf das „Ob und Was". Setzt jene Vorschrift bereits das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus oder kann sie auch zur Prüfung der Frage herangezogen werden, ob überhaupt ein solches entstanden sei?

Bereits oben[64] wurde diese Frage im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 157 berührt.

Wie sich schon bei den Beratungen über die Einführung beider Vorschriften, der §§ 157 und 242, Meinungsverschie-

60) vgl. Crome, a. a. O., Bd. II, S. 23 — Cosack, a. a. O., S. 369 — Stammler, Schuldv., S. 44. — Oertmann, zu § 242, Anm. 4.
61) Ein praktisches Beispiel dafür gibt Seelmann i. Arch. f. bürgerl. R., Bd. 25, S. 206.
62) Wendt, a. a. O., S. 87.
63) „ „ „ „ „ 87.
64) s. Seite 19.

denheiten zeigten[65]), so wird auch heute in der Wissenschaft die Frage des Anwendungsumfanges des § 242 nicht einheitlich beurteilt.

Bekanntlich führte die von der Mehrheit der Kommission vertretene Ansicht, daß sich § 242 (der § 224 des I. Entwurfs) nicht auf die Frage beziehe, ob eine Verbindlichkeit entstanden sei und welche, zur Einführung des § 359 in der Form des jetzigen § 157, damit so eine Vorschrift geschaffen werde, nach der auch die Frage nach dem Bestehen und dem Gegenstand der Verpflichtung zur Erörterung gezogen werden könne. Diesen letzteren Umstand übersieht m. E. Wendt,[66]) der aus den Protokollen seine Ansicht, § 242 sei auch zur Beantwortung der Frage nach dem Vorhandensein und dem Objekt einer Schuldverpflichtung heranzuziehen, zu rechtfertigen sucht. Gewiß hat er damit recht, daß die im Antrage 1 zu § 224[67]) vorgeschlagene Fassung von der Kommission für zu eng befunden wurde, weil sie nur die Art der Leistung treffe; aber gerade diese Erwägung hat eben einerseits zur Einführung einer zweiten Vorschrift — des § 157 — geführt, der sich auch auf das Ob und Was der Leistung beziehen sollte; andererseits ist § 224 — nur unwesentlich geändert — als § 242 ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommeu worden.

Wendt gibt nun zwar für seine Ansicht eine weitere Begründung; hierbei nimmt er den an sich richtigen Ausgangspunkt, daß § 242 in gleicher Weise dem Schuldner wie auch dem Gläubiger eine Richtschnur ziehe, eine Auffassung, der auch hier bereits das Wort geredet worden ist. Wenn dann Wendt[68]) jedoch fortfährt: „Die Mehrzahl der Schriftsteller . . . macht bereitwillig über die Worte hinaus das Zugeständnis, die Norm von Treu und Glauben könne auch zur Ablehnung und Verweigerung der Leistung Anlaß geben und dürfe dem Gläubiger als Kritik und Verurteilung seines Begehrens der Leistung entgegengehalten werden", so ist mit dieser Feststellung, die ich übrigens nicht für zutreffend halte, in der Sache selbst nichts bewiesen. Und wenn dann Wendt die auch hier

65) s. Seite 17 f.
66) Wendt, a. a. O., S. 86.
67) s. Seite 15.
68) Wendt, a. a. O., S. 86.

vertretene Ansicht, die Leistungspflicht des Schuldners entspreche der Forderungspflicht des Gläubigers, nochmals entwickelt und so zu dem Ergebnis gelangen will, daß bei solcher Auslegung des § 242 dem Gläubiger unter Umständen auch geboten sein könne von seiner Forderung und deren Geltendmachung ganz abzusehen als mit Treu und Glauben nicht vereinbar, so vermag ich diesen Gedankengang als folgerichtig nicht anzuerkennen. Offenbar will Wendt so folgern: da der Gläubiger sein Verhalten nach Treu und Glauben einzurichten hat, und zwar sein ganzes Verhalten, so darf er infolgedessen keine Forderung geltend machen, die gegen diesen Grundsatz verstößt. Gewiß ist dieser Ansicht Wendt's durchaus beizupflichten. Nur ist eben § 242 nicht — oder doch nicht allein — als Grundlage für diese Ansicht zu benutzen.

Dem will auch offenbar Hartmann,[69] den m. E. zu unrecht Wendt[70] als Gewährsmann seiner Ansicht aufführt, nicht widersprechen, wenn er betont: „Wie der Gläubiger vom Schuldner alles verlangen kann, was die bona fides gebietet, so darf er andererseits auch nicht mehr und nicht eine stärkere Anspannung fordern, als es das Maß der schuldigen guten Treue mit sich bringt." Das ist an sich völlig zutreffend, bestätigt m. E. aber wiederum nur, daß sich § 242 in gleicher Weise an Schuldner und Gläubiger richtet, nicht aber, daß sich diese Vorschrift auch auf das Ob und Was der Leistung bezieht.

Gleicher Ansicht wie Wendt über diese Frage, ist anscheinend Neumann[71]: „Nicht nur die Art der Leistung, sondern das ganze Schuldverhältnis untersteht dem Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere also auch die Frage, ob überhaupt zu leisten sei", ebenso Kruhöffer[72] u. a. m.

Weit mehr aber wird, soweit ich sehe, der Standpunkt vertreten, daß § 242 keinen Aufschluß darüber gibt, welchen Gegenstand die geschuldete Leistung begreift, und ob durch ihn überhaupt eine Forderung begründet ist, sondern daß die Be-

---

69) Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. S. 243, angeführt bei Wendt.
70) Wendt, a. a. O., S. 89, vgl. Kruhöffer, a. a. O., S. 82 f.
71) Neumann, a. a. O., zu § 242, Anm. 2.
72) Kruhöffer, a. a. O., S. 83.

stimmung sich lediglich darüber verhält, in welcher Art und Weise die Leistung zu erfüllen ist.

In diesem Sinne äußert sich Rehbein[73]:

„Was der Gläubiger zu fordern, der Schuldner zu leisten hat, bestimmt Gesetz und Rechtsgeschäft. Für die Ermittlung des Inhalts des Rechsgeschäfts gibt das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 133 und 157 Vorschriften, verweist in § 157, namentlich für die Auslegung, auf Treu und Glauben im Verkehr. Für die Frage, wie das Geschuldete zu leisten ist, stellt § 242 einen allgemeinen Grundsatz für alle Schuldverhältnisse auf."

Matthiaß[74] sagt:

„Dem Gläubiger soll das verschafft werden, was der Schuldner nach dem Schuldverhältnis zu leisten hat. Um zu bestimmen, was der Schuldner zu leisten hat. und wie er es zu leisten hat, soll nicht nur auf den Begründungsakt gesehen werden, sondern auf das, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern (§ 242)".

Denselben Standpunkt vertritt Enneccerus.[75]

In klarer Fassung betont der Kommentar der Reichsgerichtsräte[76] seine Ansicht:

„Die das ganze Gebiet der Schuldverhältnisse beherrschende Bestimmung (des § 242) unterscheidet sich von der Auslegungsregel des § 157 insofern, als diese den Vertragsinhalt, der § 242 dagegen die Leistungsart im Auge hat. § 242 besagt mithin nicht, was der Gläubiger fordern darf und der Schuldner leisten muß, sondern bestimmt, wie zu leisten ist."

Ganz ähnlich drückt sich Staudinger[77] aus:

„§ 242 ist maßgebend für Ort, Zeit, Art und Maß der Leistung.

Die ergänzenden Normen über den Inhalt der Leistung enthalten die §§ 133 und 157. . . ."

73) Rehbein, a. a. O., zu § 242, Anm. 3.
74) Matthiaß, a. a. O., S. 227.
75) Enneccerus, a. a. O., Bd. I, S. 540.
76) Komment. der Reichsgerichtsräte, zu § 242, Anm. 1.
77) Staudinger, a. a. O., Bd. II, zu § 242, Anm. 6.

Des weiteren sei verwiesen auf die Ansichten von Danz, Schneider, Hölder, Hachenburg, Schollmeyer, Böckel u. a. m.,[78] die sich alle in dem gleichen Sinne aussprechen.

Dieser Auffassung werden auch wir uns anschließen müssen, da sie allein mit der klaren Fassung des § 242 vereinbar erscheint. Das Bedenken, das man solcher Ansicht entgegenhalten könnte, daß der Hinweis auf § 157 für die nach Treu und Glauben zu treffende Entscheidung versage, wenn es sich um außervertragliche Schuldverhältnisse handle, ist bereits[79] oben gestreift worden. Mir erscheint dieser Einwand nicht beachtlich. Eine Bezugnahme auf Treu und Glauben ist, wie schon in den Erörterungen der Kommission[80] hervorgehoben ist, nur für die Frage nach dem Bestehen und dem Objekt der Schuldverpflichtung denkbar. Bei anderen Schuldverbindlichkeiten, z. B. solchen aus unerlaubter Handlung, wird regelmäßig aus den hierfür gegebenen Gesetzesbestimmungan die Antwort, ob eine Verbindlichkeit bestehe und welchen Inhalts sie sei, zu finden sein.[81]

§ 6.

Die Stellung des Richters.

Ist im vorstehenden erörtert worden, welche Bedeutung die Vorschrift des § 242 für das Verhältnis der Parteien zueinander beanspruchen darf, so bedarf es darüber, wie der Richter sich zu dieser Vorschrift zu stellen hat, kaum einer ausführlichen Erörterung.

Es ist betont worden, daß mit dem Begriff von Treu und Glauben dem Richter ein Maßstab in die Hand gelegt ist, daß er nicht nach subjektivem Ermessen entscheiden darf. Diese

78) Danz, Auslegung, S. 153 — ders., Laienverstand, S. 63 — Schneider, Treu und Glauben, S. 107, 127, 202 — ders., im Arch. f. bürgerl. R., S. 272 — Hölder, Willenserklärungen, S. 114, 117 — Hachenburg, a. a. O., S. 26 — Schollmeyer, a. a. O., zu § 242, Nr. 4 — Böckel, a. a. O., S. 423 — Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 98, S. 372 — anscheinend auch Crome, a. a. O., Bd. II, S. 23.

79) s. Seite 19.

80) s. Seite 18.

81) vergl. Staudinger, a. a. O., Bd. II., zu § 242, Anm. 6.

Vorschrift nun bedeutet ihm zwingendes Recht. Das ist nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs („Der Schuldner hat so zu leisten . . . .") außer jedem Zweifel und wird auch in der Literatur nicht verkannt.

So sagt Endemann[82], daß die in Betracht kommenden Verhältnisse vom Gerichte von Amtswegen zu beachten und heranzuziehen seien. „Der Grundsatz des § 242 . . . stellt," nach der Ansicht Rehbein's[83] „einen positiven der Disposition der Parteien entzogenen Rechtssatz für die Beurteilung aller Schuldverhältnisse auf."

Und genau so äußert sich Crome[84]:

> „Die Vorschrift des § 242 ist eine zwingende Rechtsnorm, daher vom Richter von Amtswegen zu beachten."

Ist aber § 242 eine Vorschrift zwingenden Rechts, so kann es auch nicht im Belieben der Parteien stehen, auf die Berücksichtigung von Treu und Glauben durch den Richter zu verzichten. Jede Parteivereinbarung würde hier notwendig versagen müssen. Die in der Praxis so häufige Verpflichtung einer Person „unter Verzicht auf alle Einreden" ist daher stets in diesem Sinne einzuschränken; und diese Einschränkung geht, wie Staudinger[85] mit Recht hervorhebt, noch erheblich weiter als die des § 276, Abs. 2, welche ein Abkommen, ne dolus praestetur, für rechtsunwirksam erklärt. Im Gegenteil, der Richter wird, um nicht etwa § 242 unberücksichtigt zu lassen — zugleich auch, um § 139 ZPO. zu genügen — oft den Parteien gegenüber von der richterlichen Fragepflicht Gebrauch machen.[86]

Dem ius cogens hat das ius dispositivum nachzustehen. Zutreffend führt Stammler[87] aus:

> „Gerade diesen ergänzenden Rechtssätzen gegenüber, die in allgemeiner Bereitschaft zur Anwendung dastehen, kommt das Prinzip von Treu und Glauben . . . . in durchgreifende Betätigung. Nach dieser Grundauffas-

82) Endemann, a. a. O., § 100.
83) Rehbein, a. a. O., Bd. II, zu § 242, Anm. 3.
84) Crome, a. a. O., Bd. II, S. 23.
85) Staudinger, a. a. O., Bd. I, zu § 157, Anm. 2.
86) vgl. Danz, Laienverst., S. 67 — Endemann, a. a. O., 3. u. 4. Aufl. S. 422, Anm. 7 — Auch Stein, a. a. O., S. 95, spricht sich in ähnlichem Sinne aus.
87) Stammler, Schuldv., S. 48.

sung des neuen Rechts hat ein jeder ergänzende Rechtssatz die kritische Nachprüfung zu bestehen, ob er in dem besonderen Falle, der gerade in der Entscheidung steht, auch wirklich ein Ergebnis liefert, das mit Treu und Glauben vereinbar, das im Sinne des sozialen Ideales objektiv richtig ist. Und geschieht das nicht, so ist der Versuch des Gesetzgebers, dem Richter eine genügende Anleitung über dasjenige zu geben. was nach objektiver Erwägung hier das Richtige sei, für diesmal nicht gelungen: jener ergänzende Rechtssatz hat zurückzutreten; die besondere zutreffende Entscheidung der konkreten Sache ist in selbständiger Weise nach Treu und Glauben vorzunehmen."

Stammler räumt damit dem Richter eine — man möchte fast sagen — gesetzgeberische Stellung ein. An und für sich ist dieser Ansicht durchaus beizutreten. Denn „der Gesetzgeber kann", wie Bülow[88] richtig betont, „dem Richter sämtliche Rechtsgedanken schon aus dem Grunde nicht vordenken und ausdenken, weil im einzelnen Rechtsfall verschiedenartige Tatbestandselemente sich miteinander verbinden und verwickeln, einander entgegentreten und kreuzen, welche in dem notwendig auf Isolierung der Tatsachenarten angewiesenen Gesetze in dieser besonderen Zusammensetzung nicht vorgesehen und daher auch nicht mit einer auf sie gerichteten Rechtsbestimmung bedacht sein können."

In einem Gesetzbuch, das Vorschriften wie die §§ 242, 133, 157 BGB. enthält, ist kein Platz für eine ausgedehnte Kasuistik, die dem Richter das selbständige juristische Denken so viel wie irgend möglich beschneiden will.[89] Der Richter hat den Einzelfall dem Gesetz unterzuordnen, nicht im Gesetz nach diesem Fall und seiner Entscheidung zu suchen. Stammler zieht aus dieser richtigen Erkenntnis die äußerste Folgerung, wenn er ausspricht,[90] daß es in der Sache genügen würde, an Stelle der vielen ergänzenden Rechtssätze des besonderen Teils der Schuldverhältnisse den einen Satz zu wählen, den das Gesetz

[88] Bülow, a. a. O., S. 32.
[89] Hartmann, a. a. O., S. 314 — Bülow, S. 33.
[90] Stammler, Schuldv., S. 49.

in § 242 aufstellt,[91] eine Forderung, zu deren Durchführbarkeit eine Bildung des Richters auf allen Gebieten des bürgerlichen Lebens erforderlich sein würde, wie sie sich praktisch wohl niemals erzielen läßt.

Daran wird aber unter allen Umständen festzuhalten sein, daß den vielen ergänzenden Vorschriften des Gesetzes der Richter erst dann Geltung verschaffen darf, wenn ihm erwiesen ist, daß ihre Heranziehung nicht zu einem Ergebnis, das mit der Vorschrift des § 242 in Widerspruch steht, führen würde. Die Ansicht Schneider's,[93] daß im Streitfall und für den Richter zwischen zwingenden und ergänzenden Rechtssätzen ein Unterschied überhaupt nicht bestehe, und daß dem Richter höchstens die Prüfung überlassen bleibe, ob eine vorhandene Parteiabrede etwa gegen das ius cogens verstoße, scheint mir deshalb nicht haltbar zu sein.

Das Ergebnis ist also nicht etwa, daß der Richter, gestützt auf § 242, dem Gesetz entgegen entscheiden darf, wie es Wendt[93] ausdrückt; vielmehr hat der Richter stets secundum legem zu entscheiden, und tut dies auch, wenn er das Urteil in Gemäßheit des § 242 nach Treu und Glauben spricht und dabei zu einer Anwendung dispositiver Rechtsnormen des Bürgerlichen Gesetzbuchs garnicht gelangt. Tut dies der Richter, so läßt er das Gesetz nicht, wie Wendt[94] sagt, iuris civilis adiuvandi causa außer acht, sondern genügt dem Gesetze und damit seiner ersten oder vielmehr einzigen richterlichen Pflicht.[95]

§ 7.

Die Berücksichtigung der Verkehrssitte.

Wenn § 242 bestimmt, daß der Schuldner so zu leisten hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so hat es demgegenüber nicht an

91) Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei Danz, Ausl., S. 136.
92) Schneider, Treu und Glauben, S. 10, Anm. 12.
93) Wendt, a. a. O., S. 105.
94) vgl. auch Bülow, a. a. O., S. 39 f.
95) Die Ansichten, die Henle a. a. O. gegenüber der „Seuche der Treu- und Glaubens-Jurisprudenz" aufstellt, hatte ich ihrem Inhalt und ihrer Form nach für zu weitgehend.

Stimmen gefehlt, die diesen Hinweis auf die Verkehrssitte für überflüssig hielten. Wie wir oben[96] sahen, war dies bereits in den Beratungen der Kommission der Fall; und auch heute noch stellt sich Stammler[97] mit Entschiedenheit auf diesen Standpunkt, indem er jene Worte für selbstverständlich und für um so überflüssiger hält, als sie ohne Not ein einzelnes Moment von sehr vielen möglichen hervorhöben, durch welches die tatsächlichen Voraussetzungen und der zu beurteilende Stoff des Rechtsfalls geliefert würden.

Aber schon in der Kommission blieben die Gegner dieses Zusatzes in der Minderheit, der gegenüber die Mehrheit ihren Standpunkt — allerdings, wie mir scheint, in wenig glücklicher Fassung — begründete:

> „Es sei nicht angängig, die Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte neben einander für maßgebend zu erklären, weil die Bedeutung beider Maßstäbe eine durchaus verschiedene sei; der Satz, daß als Vertragsobjekt nur das gelten dürfe, was den Anforderungen von Treu und Glauben entspreche, sei eine absolute Vorschrift, während die Verkehrssitte nur als Auslegungsmittel in Betracht komme und also gegenüber einem abweichenden Parteiwillen nicht beachtlich sei; dieser Ausführung wurde entgegengehalten, es handle sich bei der vorgeschlagenen Bestimmung nicht um eine Gleichstellung der bezeichneten beiden Maßstäbe, jene Bestimmung gehe vielmehr dahin, daß bei der Feststellung, was im einzelnen Falle durch Treu und Glauben gefordert werde, die Verkehrssitte berücksichtigt werden sollte."[98]

Wenn das Gesetz diese Berücksichtigung vorschreibt, so fordert es damit, daß der Richter — das Vorhandensein einer Verkehrssitte natürlich vorausgesetzt — sich nach ihr richte, nicht ohne ihre Bewertung die Leistung des Schuldners bestimme. Auf der anderen Seite wird man sich aber hüten müssen, der Verkehrssitte hier eine Bedeutung beizumessen,

---

96) s. Seite 17.
97) Stammler, Schuldv., S. 46 — vgl. auch Kruhöffer, a. a. O. S. 46.
98) Protokolle, Bd. I, S. 625.

die sie neben oder sogar über das Erfordernis von Treu und Glauben stellen würde. Denn der Schuldner hat nicht die Leistung so zu bewirken, wie es die Verkehrssitte mit Rücksicht auf Treu und Glauben, sondern wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordert. „Eine solche Rücksicht wird nicht als zweiter gleichberechtigter Grundsatz, gewissermaßen zur Auswahl, neben Treue und Glauben aufgestellt, soll vielmehr nur bei Feststellung des nach Treu und Glauben Erforderlichen vornehmlich berücksichtigt werden."[99]

Das Verhältnis der beiden Anhaltspunkte der Auslegung, Treu und Glauben einerseits und die Verkehrssitte andererseits, ist nicht als Gleichstellung beider Begriffe aufzufassen, sondern so, daß bei der Feststellung, was im einzelnen Fall durch Treu und Glauben gefordert wird, die Verkehrssitte berücksichtigt werden soll.[100] Somit ist ihr, wie Hölder[101] richtig sagt, sowohl bestimmende Bedeutung für das zuerkannt, was Treu und Glauben fordert, als auch bestimmende Bedeutung für den Fall aberkannt, daß sie den Forderungen von Treu und Glauben widerspricht.

Nicht immer also wird im Hinblick auf eine etwa bestehende Verkehrssitte die Entscheidung des Richters bestimmt werden, wohl aber soll die Rücksicht auf sie ihn da, wo es sich, wie Endemann[102] sagt, um moralisch indifferente Angelegenheiten handelt, zwingen, den ethischen Begriff von Treu und Glauben der tatsächlichen Übung im Verkehr in Handel und Wandel anzupassen.[103]

Hiernach wird die Verkehrssitte niemals dafür maßgebend sein, was Treu und Glauben fordern. Vielmehr ist trotz nachgewiesener Verkehrssitte die Berufung auf sie ausgeschlossen, sofern sie gegen Treu und Glauben (oder auch gegen die guten Sitten) verstößt.[104] Einen m. E. zu weitgehenden Standpunkt nimmt dagegen Crome[105] ein, nach dessen Ansicht die schlechte Verkehrssitte nur „in etwa" bei Beurteilung des Tatbestandes

99) Oertmann, a. a. O., z. § 242, Anm. 3.
100) Gareis, a. a. O., zu § 157.
101) Hölder, Komment. zum B. G. B., zu § 157.
102) Endemann, a. a. O., S. 423, 3. und 4. Aufl.
103) vgl. Staub-Stranz, a. a. O., Z. Art. 4., Anm. 69.
104) so Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 31 — Hachenburg, a. a. O., S. 27 — Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 316 ff.
105) Crome, a. a. O., in Bd. I. S. 68.

nach Treu und Glauben mildernd in Anschlag zu bringen ist. Der Richter hat bei einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Verkehrssitte zweifellos gegen sie zu entscheiden; sie, auch nur mildernd, gelten zu lassen, muß ihm Treu und Glauben verbieten.

Die Verkehrssitte hat somit nicht die Macht, sich dem Gesetz entgegen Geltung zu verschaffen, da sie selbst weder gesetztes Recht noch Rechtssitte, Gewohnheitsrecht ist im Gegensatz zum Erfordernis von Treu und Glauben, dessen Berücksichtigung, wie oben dargetan, der Gesetzgeber als zwingendes Recht beabsichtigt hat. Wohl aber kann die Verkehrssitte einer dispositiven Gesetzesvorschrift gegenüber dadurch abändernde Kraft gewinnen, daß eine solche dispositive Rechtsnorm durch die gemäß § 242 erfolgende Berücksichtigung der Verkehrssitte außer Kraft tritt.[106]

Daraus folgt jedoch noch nicht, daß sie als Rechtsquelle anzusehen sei. Danz[107] freilich nennt die Verkehrssitte einen rechtserzeugenden Faktor, weil er die Begriffe Gesetzessitte, d. h. Gewohnheitsrecht, und Verkehrssitte nicht voneinander abgrenzt. Das aber scheint mir verfehlt. Gewiß ist die Verkehrssitte eine der Grundlagen für die Rechtssitte; sie wird sogar dann zum Gewohnheitsrecht, wenn dessen wichtigstes Merkmal, die opinio necessitatis, hinzukommt.[108] Ohne dieselbe besitzt sie niemals rechtserzeugende Kraft.

Und auch die weitere Begründung von Danz,[109] daß eine Menge der ergänzenden Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur in Gesetzesform gekleidete Sätze der Verkehrssitte seien, ist m. E. kein zwingender Beweis für eine unmittelbar rechtserzeugende Kraft der Verkehrssitte. Der gleichen — m. E. n. unzutreffenden — Ansicht ist Leonhard[110]: „Die Verkehrssitte, eine Gewohnheit, ist zwar kein eigentliches Gewohnheitsrecht, wird es aber dadurch, daß ein Gesetz sie mit der Kraft einer maßgebenden Norm ausstattet."

106) vgl. Danz, Laienverstand, S. 20 ff. — ders., Auslegung, S. 140 ff.
107) Danz, Laienverstand, S. 20 ff., S. 49 — Staub teilt übrigens, soweit ich sehe (a. a. O., Allgem. Einl., Anm. 26), diese Ansicht nicht trotz Danz, Das geltende Gewohnheitsrecht und der Rechtsunterricht in DJZ. 1908, S. 27, Anm. 1.
108) vgl. Lehmann, a. a. O., S. 52.
109) Danz, Laienverstand, S. 27, Anm. 2.
110) Leonhard, a. a. O., S. 354.

Einen weniger schroffen Standpunkt nehmen Düringer-Hachenburg[111] ein, die im Gegensatz zur 1. Auflage ebenfalls die Verkehrssitte als eine Rechtsquelle bezeichnen, allerdings als eine, deren besonderer Art man sich stets bewußt sein müsse. Sie halten die Verkehrssitte zutreffender Weise weder für gesetztes Recht noch für Gewohnheitsrecht und trennen infolgedessen auch scharf zwischen letzterem und der Verkehrssitte. Diese habe vielfach einen rechtlichen Inhalt, der, weil und soweit das Gesetz seine Anwendung verlange, die Kraft einer Rechtsnorm erlange. Damit nähern sich Düringer-Hachenburg aber wieder dem von Danz vertretenen Standpunkt. Einen „rechtlichen Inhalt" kann die Verkehrssitte nicht besitzen; entweder hat sie sich durch longaeva consuetudo zum Gewohnheitsrecht erhoben, oder aber sie ist geblieben, was sie war, nämlich die Beobachtung gewisser im Verkehr eigener Gebräuche.

Dagegen scheidet Dernburg[112] zutreffend zwischen Gewohnheitsrecht und Geschäftsgebrauch und hält die Verkehrssitte mit nichten für Recht im objektiven Sinne. Auch nach Lehmann-Ring[113] sind „Gewohnheiten und Gebräuche nicht Handelsgewohnheitsrecht, sondern Übungen faktischer Art ohne opinio necessitatis, folglich nicht objektives Recht." Ebensowenig wie die Rechtswissenschaft erachtet Staudinger[114] auch die Verkehrssitte als Rechtsquelle; denselben Standpunkt vertreten Matthiaß[115] und Crome.[116]

Trotz alledem darf der vom Gesetzgeber geforderte Hinblick auf die Verkehrssitte in seiner Bedeutung nicht unterschätzt werden; trägt diese doch — vielleicht mehr als der weniger flüssige Begriff von Treu und Glauben — der Fortbildung des Rechts Rechnung. Insonderheit paßt sich bei Berücksichtigung der Verkehrssitte — und zwar der für den vorliegenden Fall maßgeblichen — das Recht der fortschreitenden Entwicklung des Lebens am besten an und gewinnt eine Dehnbarkeit, durch welche Unstimmigkeiten zwischen der Auffassung des rechts-

111) Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 316 zu § 346.
112) Dernburg, a. a. O., Bd. I, S. 11, vgl. Bd. II, S. 31.
113) Lehmann-Ring, a. a. O., zu § 346, Nr. 4.
114) Staudinger, a. a. O., Bd. I., S. 15.
115) Matthiaß, a. a. O., S. 11.
116) Crome, a. a. O., Bd I, S. 86, 87.

suchenden Laien und der Rechtsprechung vermieden werden können.[117]

[Ein treffliches Beispiel dafür gibt uns eine Entscheidung des Reichsgerichts[118] vom Jahre 1896, der folgender Tatbestand zu Grunde lag:

Der Verleger einer Zeitung in Insterburg wollte sich eine Fernsprechanlage anbringen lassen, um die für seinen Geschäftsbetrieb bestimmten Nachrichten, besonders aus Berlin, schneller zu erhalten. Da der Beklagte, von dem er die Geschäftsräume gemietet hatte, dies untersagte, klagte er auf Gestattung. Das Reichsgericht hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen zur Feststellung des Umfanges des Zeitungsbetriebes. Sei das Unternehmen ein größeres, so sei der Anspruch allerdings gerechtfertigt.

Und nun stelle man sich jetzt einen Zeitungsbetrieb vor, und wäre es der unbedeutendste, der keinen Fernsprecher hätte. Heute würde es doch keinem Vermieter in den Sinn kommen dürfen, irgend einem seiner Mieter die Anbringung einer Fernsprechanlage zu untersagen, geschweige denn, daß ein Gericht ein solches Unterfangen gutheißen würde.]

Wie im einzelnen diese Verkehrssitte zum Ausdruck gelangt, ist Sache der richterlichen Erwägung und Entscheidung. Diese Äußerungen können sehr mannigfaltig sein. In der Regel freilich wird es sich um Äußerungen des Sprachgebrauchs handeln, mag auch hin und wieder eine Äußerung durch körperliche Zeichen (Nicken und Schütteln des Kopfes, Handschlag usw.)[119] in Frage kommen.

So wird in der Hauptsache der Sprachgebrauch eine Entwicklung allgemeiner Verkehrssitten herbeiführen. Aber nicht nur die Allgemeinheit verbindet mit bestimmten Worten einen bestimmten Sinn,[120] sondern der Richter wird auch den Sprachgebrauch, den einzelne Kreise der Bevölkerung in ihrer beruflichen oder örtlichen Besonderheit gebildet haben, berücksichtigen müssen.

---

[117] Dernburg, a. a. O., Bd. I, S. 341 — vgl. Danz, Treu und Glauben im Bankverkehr, S. 85.

[118] Entsch. d. Reichsgerichts, Bd. 37, S. 212 — vgl. über diese Entscheidung auch die zutreffende Besprechung von Mittelstein in DJZ., 1902, S. 289.

[119] vgl. Manigk, a. a. O., S. 293 f.

[120] vgl. die Ausführungen und Beispiele bei Danz, Auslegung, S. 41 ff.

Das gilt vor allem von den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen. Allerdings hätte es, um diesen die Berücksichtigung durch den Richter zu gewährleisten, nach Schaffung der §§ 157 und 242 nicht noch der Vorschrift des § 346 HGB. bedurft,[121] so bedeutsam sein Vorgänger, der Art. 279 ADHGB., auch gewesen sein mag.

Was oben[122] über das Verhältnis von Treu und Glauben zur Verkehrssitte im allgemeinen gesagt ist, gilt natürlich in demselben Maße für das Verhältnis von Treu und Glauben zu den besonderen Gewohnheiten und Gebräuchen des Handelsverkehrs. Denn was für bürgerliche Rechtsbeziehungen schlechthin im § 242 bestimmt wird, besagt inhaltlich ganz übereinstimmend § 346 HGB., wenn er anordnet, daß im Verkehr „unter Kaufleuten"[123] vor der allgemeinen Verkehrssitte ihre rechtlichen Erklärungen so ausgelegt werden, wie es ein anständiger Kaufmann tun würde.[124] Daneben werden sieh freilich im Handelsverkehr Gebräuche bilden, welche nicht sowohl eine Sitte als vielmehr eine Unsitte bedeuten können[125]; auf diese bezieht sich natürlich § 346 HGB. ebensowenig wie § 242.

Im übrigen darf die Fassung des § 346 nicht dahin mißverstanden werden, daß durch ihn für den Verkehr zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann der „Handelssitte" jede Bedeutung abgesprochen sei. Soweit sie der Nichtkaufmann kennt oder kennen muß, soweit anzunehmen ist, daß er sich ihr fügen wollte, ist sie auch für ihn bindend.[126] Auf der anderen Seite aber kann der Nichtkaufmann auch fordern, daß die Auslegung und Ergänzung der Pflichten des mit ihm kontrahierenden Kaufmanns sich nach dem Handelsgebrauch[127] des Geschäftszweiges seines Kontrahenten zu richten hat,[128] eine

121) trotz Schneider, Treu und Glauben, S. 149, Anm. 215.

122) s. Seite 37.

123) Dieser Zusatz, der einen Unterschied zwischen § 242 und § 346 HGB. schaffen könnte, begründet dennoch nicht die Daseinsberechtigung des § 346 — siehe Staub, a. a. O. zu § 346. Anm. 11.

124) vgl. Wedemeyer, a. a. O., S. 25 f.

125) vgl. Entsch. d. Reichsgerichts, Bd. 48, S. 125.

126) Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 31, Anm. 6.

127) Von dem lediglich durch die tatsächliche Übung der beteiligten Kreise entstehenden Handelsgebrauch sind zu scheiden die als „Usancen" seitens einer Börse usw. veröffentlichten Vertragsbedingungen.

128) vergl. Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 323 — Gutsche, Rechtsverhältnisse des Handels, Magdeburg, 1905, S. 52 f.

Verpflichtung, die auch aus den §§ 157 und 242 herzuleiten sein dürfte.

Zweifelhaft könnte sein, wie sich der Richter zu verhalten hat, wenn eine der Parteien oder beide die Verkehrssitte nicht gekannt haben. Hier kommt es m. E. auf den Willen der Parteien sich einer etwaigen Verkehrssitte zu unterwerfen, nicht an. Auch wenn beide Parteien eine Verkehrssitte nicht kennen, so muß sie doch zur Deutung ihrer Willenserklärungen vom Richter herangezogen werden. Insbesondere wird dies häufig der Fall sein, wenn beim Abschluß eines Vertrages ein Punkt nicht berührt und auch insoweit eine tatsächlich bestehende Verkehrssitte den Parteien unbekannt ist. Mit Recht fragt Staub[129]: „Weshalb sollen solche Punkte nicht nach der bestehenden Verkehrssitte geregelt werden? Wonach denn sonst?" Denn im Zweifel wird jede Partei, wo sie eine Festlegung nicht herbeiführte, das übliche gewollt haben.[130]

Wie die Verkehrssitte ausdrücklich ausgeschlossen werden kann, ebenso selbstverständlich muß auch ihre Bedeutung mangels irgend welcher Abrede sein, gleichgiltig ob sie den Beteiligten bekannt ist oder nicht.[131] Noch weiter gehen hier Lehmann-Ring,[132] die im Falle der Nichtkenntnis der Parteien vom Bestehen solcher Verkehrssitte die Ansicht vertreten, daß sich die Parteien auch der ihr unbekannten Usance (in blanco) unterwerfen könnten. Auf entgegengesetztem Standpunkt steht Dernburg,[133] nach dessen Ansicht eine Verkehrssitte nicht zu berücksichtigen ist, wenn die Vertragschließenden beiderseits keine Kenntnis davon hatten, sie höchstens dann zuläßt, wenn sie zwar dem Schuldner unbekannt ist, wenn aber der Gläubiger erwarten mußte, daß sie jener kennt. Andererseits betont frei-

129) Staub, a, a. O., zu § 346, Anm. 9.

130) vgl. Matthiaß, a. a. O., S. 11.

131) siehe Staudinger zu § 242 — Schneider, Treu und Glauben, S. 151 — Staub, a. a. O., zu § 346, Anm. 9 — Düringer-Hachenburg, a. a. O., zu § 346, Anm. 3 und 9a — Hölder, Willenserkl., S. 117 — Besonders hebt Danz diesen Standpunkt hervor: Laienverstand, S. 30 ff. (bes. S. 34) und Auslegung, S. 139 und 54.

132) Lehmann-Ring, a. a. O., zu § 346, Nr. 4.

133) Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 31 — vgl. auch Crome, a. a. O., Bd. II, S. 23, Anm. 13.

lich Dernburg[134] — m. E. nicht folgerichtig —, daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten unter Kaufleuten maßgebend seien, auch wenn sie beiden oder doch nur einem von ihnen nicht bekannt wären.

Boyens[135] schließlich steht auf dem Standpunkt, daß nach Treu und Glauben jeder, der Verkehrsgeschäfte macht, davon ausgehen muß, daß der Mitkontrahent die für solche Geschäfte üblichen Usancen kennt. „Aber nach Treu und Glauben muß ihm die Berufung auf die Verkehrssitte andererseits versagt werden, wenn er weiß, daß der Mitkontrahent sie nicht kennt, es sei denn, daß er nach Lage des Falls annehmen konnte und durfte, daß der Mitkontrahent sich diesen Sitten auch ohne Kenntnis unterwerfen wollte. Hiernach ist also von der Geltung der Verkehrssitte auszugehen, bis eine zu deren Ausschluß führende Behauptung vorliegt."

Boyens geht also nicht ganz so weit, wie die von Danz[136] vertretene Ansicht will, daß nämlich die Verkehrssitte in Ermangelung ausdrücklichen Ausschlusses unbedingte Geltung habe. Er hat gegenüber der einfacheren Lösung der Frage, die Danz gibt, die Besorgnis, daß dann leicht das als Verkehrssitte angesehen werden könnte, was dem Willen der einen oder anderen Partei nicht entspricht oder gar widerspricht, eine Besorgnis, die ich allerdings für wohlbegründet halte.

§ 8.

Die Rechtsprechung.

Schon an früherer Stelle[137] ist betont worden, daß diejenigen Schriftsteller viel zu weit gehen, die in dem Erfordernis von von Treu und Glauben nichts weiter sehen als ein leeres Wort, das sich zur rechten Zeit stets dann einstelle, wenn die Begriffe fehlten.[138]

---

134) Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 31.
135) Boyens, a. a. O., S. 185 f.
136) Danz, Laienverstand, S. 30 ff.
137) s. Seite 22.
138) vgl. Danz, Treu und Glauben im Bankverkehr, Seite 84.

Die Rechtsprechung der höheren Gerichte hat sich denn auch in den elf Jahren seit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in vielen Entscheidungen mit der Vorschrift des § 242 auseinandergesetzt, an Hand praktischer Fälle ihre Bedeutung zu erschöpfen und zu umgrenzen versucht.

Auf die große Bedeutung unserer Bestimmung für das Zivilrecht verweisen die beiden folgenden Entscheidungen.

„Treu und Glauben", so betont das Reichsgericht,[139] „beherrschen den gesamten Rechtsverkehr und kommen überall zur Geltung, wo mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber diese Grundsätze angewendet wissen wollte, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebaren seinen Schutz zu versagen."

So sagt auch das OLG. Dresden[140] mit Recht, daß sich die Vorschrift des § 242 nicht bloß auf das Recht der Schuldverhältnisse erstrecke, sondern das gesamte Privatrecht durchdringe.

Im übrigen nimmt das Reichsgericht den auch hier vertretenen Standpunkt ein, daß sich § 242 nur auf die Art und Weise, nicht auch auf den Inhalt der Leistung beziehe.

> „Die Vorschrift", so sagt es in einem Urteil vom 9. November 1906,[141] „stellt eine allgemeine Regel für die Beantwortung der Frage auf, wie zu erfüllen ist; es soll nicht als Recht durchgesetzt werden, was nach Treu und Glauben im Verkehr nicht gutes Recht ist."

Diese Ansicht hat das Reichsgericht auch später, durch Urteil vom 25. Februar 1908, [142] bestätigt, in dem es heißt:

> „Auch da, wo es sich um das Einstehen für vertraglich zugesicherte Eigenschaften handelt, ist für den Umfang der Verpflichtung des Schuldners die Vorschrift des § 242 maßgebend."

Dem Grundsatz des § 242, daß summum ius nicht summa iniuria werde, wird eine Entscheidung des Kammergerichts[143]

---

139) ERG., Bd. 71, S. 436.
140) OLG Dresden, 30. 5. 04 im Sächs. Archiv 15, 243.
141) in D. J. Z. 07, 131 und J. W. 07, 5.
142) in Soergel, Bd. 8, zu § 242, Nr. 13.
143) Rechtspr. des OLG., Bd. 22, S. 181. — vgl. Entsch. des OLG. Dresden in Sächs. Rechtspfl. 09, 19 ff.

gerecht, der folgender Tatbestand zu Grunde lag: Ein Kaufhaus hatte 500 Flaschen Sekt zur Lieferung „per 30. Dezember" bestellt. Der Verkäufer hatte den Sekt so frühzeitig abgeschickt, daß er dem Käufer am 29. Dezember zugerollt wurde. Diese Lieferung wurde als „verfrüht" abgelehnt. Hier entschied das Kammergericht in zutreffender Weise: „Als sorgfältiger Kaufmann mußte der Verkäufer die Ware so absenden, daß er . . . auf rechtzeitiges Eintreffen rechnen konnte. Wenn er die Beförderungsdauer um knapp einen Tag zu hoch veranschlagt hat, so müssen solche kleinen, namentlich große Firmen schwerlich belastenden Ungenauigkeiten aber nach Treu und Glauben in Kauf genommen werden."

Diese Entscheidung zeigt – in gleicher Weise wie die folgende —, daß die Vertragschließenden als obersten Grundsatz den der Verkehrstreue gelten lassen müssen. So verstößt es nach der zutreffenden Ansicht des Reichsgerichts[144] gegen Treu und Glauben, wenn der Käufer wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit der Kaufsache die Zahlung des Preises verweigert und vom Vertrag zurücktritt, obwohl der Mangel mit Rücksicht auf dessen Geringfügigkeit als unbedeutender angesehen werden muß. Dasselbe gilt auch bei einer geringen Zahlungsverspätung bei Vereinbarung „pünktlicher" Zahlung.[145]

In mehreren anderen Entscheidungen finden wir dann wertvolle Anhaltspunkte dafür, wie eine Leistung nicht nach den Buchstaben der vertraglichen Abmachung, sondern nach einer der Verkehrssitte gerecht werdenden Auslegung des Vertragsinhalts nach Treu und Glauben vom Schuldner zu bewirken ist. So sagt das Reichsgericht in einem Urteile vom 6. März 1906[146]: „Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn jemand eine vereinzelte kurze Verzögerung der Zahlung als Grund benutzen wollte, um mitten im friedlichen Geschäftsverkehr plötzlich die Geschäftsverbindung abzubrechen." Ebensowenig darf der Gläubiger, nachdem er spätere Zinsraten vorbehaltlos angenommen hat, aus der früheren Säumnis des Schuldners Rechte für sich herzuleiten suchen.[147]

144) Entsch. d. RG. vom 3. Juni 1905 in J. W. 05, S. 426.
145) „ „ „ „ 26. Mai 1909 in D. J. Z. 10, 203.
146) „ „ „ „ 6. März 1906 in Gruchot, Bd. 50, S. 918.
147) „ „ „ „ 2. Dez. 1904 in Pos. Monatsschr. 05, 54 —

Besonders zahlreich sind die Entscheidungen auf dem Gebiete des Versicherungswesens ergangen aus der Erwägung, daß die Versicherungsnehmer nach Treu und Glauben gegen die oft allzustrengen Bedingungen der Versicherung, wie rechtzeitige Anzeigepflicht u. a. m., zu schützen seien; hier möge als Beispiel nur folgende Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1904[148]) Erwähnung finden: „Wird bei Versicherungsbedingungen Entschädigung für Raufhandel ausgeschlossen, so haftet die Gesellschaft trotzdem, wenn der Versicherte bei Notwehr in Raufhandel verwickelt wurde."

Wird man in solchen Entscheidungen die Absicht zu Gunsten der meist wirtschaftlich Schwächeren zu urteilen, begrüßen können, so gehen die nachfolgenden — wenn sie auch zum Teil auf ähnlichen Erwägungen beruhen — m. E. im Ergebnis doch zu weit.

So hat z. B. bei einem Spirituslieferungsvertrag das Reichsgericht am 9. November 1906[149]) folgendes Urteil gesprochen: „Ein Sukzessivlieferungsvertrag, in dem bestimmt ist, daß die Preise der zu liefernden Ware nach den Börsennotierungen bezüglich dieser Ware festgesetzt werden, verliert seine Giltigkeit nicht ohne weiteres dadurch, daß eine Börsennotierung dieser Preise nicht mehr stattfindet; es bleibt alsdann in jedem Falle zu erwägen, ob nicht anderweit festgestellte Preise an die Stelle der Börsennotierungen nach Treu und Glauben zu treten haben."

Eine andere — m. E. ebenfalls bedenkliche — Entscheidung enthält der neueste Band der offiziellen Entscheidungen[150]): „Wenn ein Vertrag infolge steigender Preise für den Verkäufer lästig wird, so braucht an und für sich in dem Bestreben diese lästige Verpflichtung von sich abzuschütteln, ebensowenig schon ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu liegen, wie ein solcher Verstoß auch andererseits in dem Festhalten des Käufers

ferner Entsch. d. RG. vom 2. Juli 1902 in D. J. Z. 7, S. 510 — Entsch. vom 2. Januar 1908 in J. W. 08, 135, D. J. Z. 13, 425. Die folgenden Entscheidungen betonen die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch in den nicht ausdrücklich darauf verweisenden Bestimmungen: Entsch. d. RG., Bd. 74, S. 151 — das., S. 288 — das. Bd. 58, S. 406, Seuff. Arch. Bd. 60, S. 184, J. W. 04, 481.

148) im J. W. 05, 30.

149) in Gruchot, Bd. 51, S. 910 u. D. J. Z. 07, S. 131.

150) Entsch. d. RG. Bd. 76, S. 150 ff. — vergl. ferner RG. vom 18.

am Vertrage trotz Kenntnis von der schädigenden Wirkung für den Verkäufer nicht immer notwendig gefunden werden könnte."

In diesen Entscheidungen scheint mir dem Einfluß von Treu und Glauben ein zu breiter Raum im Verhältnis zu den Absichten der Parteien eingeräumt zu sein; und insoweit entbehrt die oben[151] angeführte Warnung Schneiders vor „Mitleidsentscheidungen" nicht einer in bestimmtem Umfange anzuerkennenden Berechtigung.

Darüber, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung den von der herrschenden Ansicht vertretenen und insbesondere durch den Hinweis auf den § 242 begründeten Standpunkt einnimmt, es sei auch für das geltende Recht der verklagten Partei in jedem Falle eine exceptio doli generalis zuzugestehen, kann kein Zweifel obwalten. So spricht das Reichsgericht in einem Urteile vom 17. Dezember 1903[152] dem Schuldner das Recht zu, gegen die Inanspruchnahme aus einer Schuld unter Berufung auf die Arglist des Gläubigers sich zu wehren — als Einrede der Arglist mit dem Ziele der Klageabweisung —, wenn die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers nicht oder nicht so, wie sie geltend gemacht wird, bestehen würde.

Von dem gleichen Gesichtspunkt aus erging folgende Entscheidung[153]: „Der Einrede der Verjährung steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Replik der Arglist entgegen, wenn der Schuldner den Gläubiger von der rechtzeitigen Erhebung der Klage und gerichtlichen Geltendmachung der Verjährungsfrist abgehalten hat."

Beachtenswerte Grundsätze über die Geltendmachung einer solchen exceptio d. g. finden wir in dem Urteil des Reichsgerichts vom 20. November 1905[154]: „Ein bewußter Wechsel des einmal eingenommenen Rechtsstandpunkts in der Absicht, hierdurch die Lage zum Nachteil des Gegners auszunutzen, kann

---

Dezember 1908 im Recht, 13, 425, das. 07, S. 1314 Ziff. 3268, ferner OLG. Stettin in J. W., 11, 626, Rechtspr. d. OLG., 21, 205; OLG. Marienwerder, das. 22, S. 181; OLG. Hamburg im Recht, 14, Ziff. 3309.

151) s. Seite 26.

152) in J. W. 04, 89.

153) in Entsch. d. RG., Bd. 57, 372 ff. und Seuff. A., Bd. 60 S. 263.

154) in J. W. 06, 16.

die Einrede der Arglist begründen. Jedoch kann die bloße Aufgabe einer irrigen Rechtsanschauung und die sich daraus ergebende veränderte Stellungnahme, wenn sie auch dem so Verfahrenden vorteilhaft, dem Gegner nachteilig ist, niemanden zum Vorwurf einer Verletzung von Treu und Glauben gereichen."

Daß freilich die Grundlage für die Anwendung einer exceptio d. g. nicht allein in dem hier behandelten § 242, sondern auch in anderen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu suchen sei, gibt das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen zu erkennen. Es läßt — im Urteil vom 8. Oktober 1909[155] — dahingestellt, ob die exceptio d. g. ihre Grundlage in Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben habe, also in den §§ 133, 157, 242, oder ob zur Rechtfertigung der Einrede ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 zu fordern sei. Den gleichen Standpunkt vertritt das Reichsgericht, wenn es sagt[156]: „Es kann dahingestellt bleiben, wie weit § 138.1 oder § 242 zur Einrede der Arglist führt. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe (in dem hier angeführten Falle) aus § 826 in Verbindung mit § 249."

Auch das scheint mir nicht zweifelhaft, daß die Rechtsprechung einen Parteiverzicht auf die Berücksichtigung von Treu und Glauben wie ein pactum, ne dolus praestetur für unwirksam erachtet. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 15. Oktober 1907[157] ausgesprochen: „Die übereinstimmenden Angaben der Parteien darüber, welchen Sinn sie mit einer bestimmten Erklärung verbunden haben, sind für das Gericht bindend, vorausgesetzt, daß dieser Sinn in der Erklärung überhaupt noch gefundenwerden kann." Nach dem Sinn der Entscheidung sind, wie mir scheint, die Worte „nach Treu und Glauben" vor den drei letzten des angeführten Erkenntnisses einzufügen.

Über die Frage der Berücksichtigung der Verkehrssitte gemäß § 242 spricht sich eine erhebliche Anzahl von Entschei-

---

155) in Entsch. d. RG. Bd. 71, S. 432 und J. W. 09, S. 683.

156) in der — bereits angeführten — Entsch. d. RG. Bd. 76, S. 150 ff. — vgl. Entsch. d. RG. Bd. 58, S. 356 — in Seuff. Archiv, Bd. 63, S. 349 — das. Bd. 59, S. 258 und J. W. 04, 89.

157) im Recht, Bd. 12, Nr. 3396 — auch RG. vom 28. Mai 1909 in der Naumb. Anw. Zeitung 09, 63.

dungen aus. Um gleich an die zuletzt erwähnte anzuknüpfen: wenn einerseits die Rechtsprechung einen Verzicht der Parteien auf die Berücksichtigung von Treu und Glauben für den Inhalt der Leistungspflicht des Schuldners mit Recht für unwirksam ansieht, so verkennt sie andererseits nicht, daß ein der Verkehrssitte widersprechendes übereinstimmendes Parteivorbringen die in § 242 vorgeschriebene Berücksichtigung der Verkehrssitte notwendig ausschaltet. So heißt es in einem Urteil des Reichsgerichts vom 7. Juni 1907[158]): „Ist die Auslegung eines Vertrages eine dem Vertragswillen entsprechende, so kann eine Verkehrssitte überhaupt nicht in Frage kommen, da hierauf nur in Zweifelsfällen bei der Auslegung Rücksicht zu nehmen ist." Den gleichen Gesichtspunkt vertritt ein Urteil vom 12. Juni 1906[159]): „Für die Frage, welches Recht für ein Vertragsverhältnis zur Anwendung kommt, ist in erster Linie der ausdrückliche oder aus schlüssigen Umständen ersichtliche Willen der Parteien maßgebend."

Was dann die dem Richter vorgeschriebene „Rücksicht auf die Verkehrssitte" anlangt, so vertrat das Reichsgericht früher, in einem Urteil vom 25. Oktober 1902,[160]) den Standpunkt, daß der Käufer nicht nur das Vorhandensein der von ihm behaupteten Verkehrssitte beweisen muß, sondern auch, daß dieselbe dem Verkäufer bekannt war. Später hat es sich aber der auch hier angenommenen[161]) — von Dernburg bekämpften — Ansicht angeschlossen, daß die Verkehrssitte auch dann in Anwendung zu bringen sei, wenn sie einem der Vertragschließenden nicht bekannt ist; es heißt nämlich in einem Erkenntnis vom 9. Januar 1907[162]): „Verkehrssitte bindet im allgemeinen auch denjenigen, der sich nicht speziell mit ihr vertraut gemacht hat. Sie ergänzt das Gesetz und wirkt nicht nur als stillschweigende Vereinbarung."

In noch höherem Maße wird dieser Grundsatz für die im Handelsverkehr herrschenden Sitten aufgestellt. So sagt das

---

158) in Soergel, Bd. 7 zu § 242.
159) „ „ Bd. 6 zu § 157.
160) in D. J. Z. Bd. 8, S. 31 und Recht 7, 41.
161) s. Seite 42.
162) in J. W. 07, 149.

Reichsgericht in einer Entscheidung vom 30. Juni 1908[163]): „Ist bei einem Handelskauf eine im Handelsverkehr übliche Klausel aufgenommen, so muß auch derjenige Vertragschließende, der mit dem gewählten Ausdruck nicht vertraut war, sich dem unterwerfen, was nach der Verkehrssitte allgemein gilt."

Daß eine Verkehrssitte nicht stets für die Allgemeinheit der Bevölkerung, sondern auch nur für örtlich oder beruflich abgegrenzte Kreise derselben in Frage kommen kann, wird von der Praxis nicht verkannt. Mit Recht freilich verlangt das Reichsgericht hierbei eine für die betreffende Bevölkerungsklasse einheitlich bestehende Verkehrssitte. So heißt es in einem Erkenntnis vom 29. Mai 1908[164]), das sich über die so viel umstrittene Frage des Eigentumsvorbehalts an Maschinen verhält: „Von Verkehrsanschauungen kann nur insoweit die Rede sein, als bei allen an dem betreffenden Zweige des Verkehrslebens beteiligten Kreisen sich einheitliche Anschauungen herausgebildet haben . . . . Erweist sich, daß die Auffassung in den verschiedenen beteiligten Kreisen nicht übereinstimmt, so entfällt damit das Vorhandensein einer Verkehrsanschauung, der der Richter zu folgen hat."

Das Bestehen einer Verkehrssitte in örtlicher Beziehung erkennt ein Urteil des Reichsgerichts vom 25. April 1907[165]) an, demzufolge die am Ort der Erfüllung herrschende Verkehrssitte maßgebend ist, und unerheblich für den Inhalt der Verpflichtung daß an anderen Orten die Verkehrssitte nicht gilt.

Endlich mag auf eine Reihe von Entscheidungen verwiesen werden, die für die Berücksichtigung der Sitten des Handelsverkehrs Richtlinien zu ziehen bestrebt sind. „Soweit für ein Vertragsverhältnis der Parteien", so heißt es in einem Urteil vom 6. Oktober 1908,[166]), „gemäß § 346 HGB. die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten zu berücksichtigen sind, kann es darauf, daß einer der Vertragschließenden nach Abschluß des Vertrages deren Anwendung widersprochen hat, nicht ankommen."

163) in J. W. 08, 521 und Entsch. d. RG. Bd. 69, S. 127.
164) Entsch. d. RG., Bd. 69, S. 153.
165) im Recht, Bd. 11, Nr. 1414.
166) im Recht, 1908, 582.

Einem anderen Erkenntnis[167]), das sich mit § 377 HGB. beschäftigt, lag kurz folgender Tatbestand zu Grunde: Der Kläger hatte die Beklagte (eine Bank) beauftragt einer Firma Ladepapiere gegen Akzept der übersandten Tratte auszuhändigen. Dies Akzept war von einem Angestellten der Firma fälschlich ausgestellt worden. Hier wies das Reichsgericht eine Klage auf Schadensersatz ab, da es nicht üblich und sogar unmöglich sei, über Firmen, von denen ein Akzept gegen Auslieferung von Papieren einzuholen sei, Erkundigungen einzuziehen. Nach § 242 sei das Maß der zu leistenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 377 HGB.) durch die Verkehrssitte zu bestimmen.[168])

In der Tat wird eine Berücksichtigung der Verkehrssitte vornehmlich in Handelskreisen — mehr als im bürgerlichen Recht schlechthin — in erster Reihe in Frage stehen.

Wir sehen so in den Erkenntnissen unserer oberen Gerichte das Bestreben, den Anforderungen des § 242 gerecht zu werden, auf das lebhafteste verkörpert. Der Richter unserer Tage darf sich nicht begnügen, das Gesetz zu kennen und auszulegen. Seine Aufgabe ist eine weit größere. Denn — um mit den Worten Bülow's[169]) zu schließen:

> „auch die vollkommenste Gesetzgebung vermag es nicht, die Rechtsordnung schon allein von sich aus fertig zu stellen. Nicht einmal den Plan zu einer solchen kann sie bis in alle Einzelheiten hinein vollständig entwerfen. Das Gesetz muß vieles und wichtiges der selbständigen, genauer und bestimmter ins Einzelne eindringenden Rechtsordnungsarbeit der anderen Rechtsanstalt, des Richteramts, überlassen.
>
> Denn die Gesetzgebung hat für eine ungewisse Zukunft zu sorgen: das Gesetz ist ein Stück irdischer Vorsehung, und es hat reichlich an sich zu erfahren, wie beschränkt, wie schwach, wie trügerisch dieselbe ist."

---

167) in D. J. Z. 1907, S. 425.

168) vgl. ferner RG. vom 1. Nov. 1901, im Recht 01, 596; Entsch. d. RG. Bd. 49, S. 157 — RG. vom 6. Oktober 1903 im Recht, 04, S. 603 — RG. vom 29. Mai 1908 im Recht, 08, 534.

169) Bülow, a. a. O., S. 30.

Gliederung.

Seite

§ 1. Geschichtliche Entwicklung 1
§ 2. Entstehungsgeschichte des § 242 BGB 14
§ 3. Abgrenzung des § 242 gegenüber der Vorschrift des § 157 BGB. 19
§ 4. Bestimmung des Begriffes von Treu und Glauben 20
§ 5. Umfang der Verpflichtungen von Schuldner und Gläubiger hinsichtlich der geschuldeten Leistung 27
§ 6. Die Stellung des Richters 32
§ 7. Die Berücksichtigung der Verkehrssitte 35
§ 8. Die Rechtsprechung 43

Richtigstellung:

Bei Fußnote 14 muß es heißen: s. Seite 14
„ „ 23 „ „ „ „ „ 28
„ „ 26 „ „ „ „ „ 27